

PROFILI DI RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NELLA CRISI D'IMPRESA

CAPITOLO 1: AMMINISTRATORI E TUTELA DEI CREDITORI SOCIALI

- 1.1 I creditori nella crisi d'impresa
- 1.2 I doveri di protezione degli amministratori
 - 1.2.1 I doveri degli amministratori nella crisi
- 1.3 La diligenza degli amministratori
 - 1.3.1 I criteri di sindacabilità delle scelte degli amministratori

CAPITOLO 2: I DOVERI CC.DD. PREVISIONALI

- 2.1 I doveri previsionali
 - 2.1.1 Il parametro della continuità aziendale
 - 2.1.2 L'obbligo di curare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile
- 2.2 I doveri degli amministratori non esecutivi

CAPITOLO 3: CRISI D'IMPRESA E OBBLIGHI DEGLI AMMINISTRATORI

- 3.1 L'obbligo di gestione conservativa
- 3.2 Dalla regola “ricapitalizza o liquida” alla regola “risana ricapitalizza o liquida”
- 3.3 I doveri degli amministratori in esecuzione del concordato
- 3.4 L'aggravamento della crisi: l'obbligo degli amministratori di formulare istanza di fallimento in proprio

Introduzione

In un contesto di crisi generalizzata, quale quello attuale, si assiste ad una crescita esponenziale delle imprese che vivono una situazione di difficoltà. Risulta quindi di particolare utilità approfondire la disciplina riguardante la responsabilità degli amministratori, che nella crisi d'impresa rivestono un ruolo importante.

Anche solo intuitivamente è facile comprendere come sono ben diverse le condizioni in cui si trova ad operare la società *in bonis*, rispetto ad una società in crisi. Tale mutamento ha delle ricadute finanche sull'operato degli amministratori e rende necessaria una ricostruzione degli obblighi specifici che su di essi ricadono.

In condizioni ordinarie, l'amministratore deve perseguire il massimo profitto a vantaggio di tutti i soci, entro i limiti posti dall'ordinamento a tutela degli interessi di terzi e tra questi dei creditori sociali¹.

L'interesse a una gestione quanto più possibile efficiente accomuna in questa fase, tanto i soci (che proprio su questo presupposto sono dotati del potere di scegliere i gestori dell'impresa), quanto i creditori sociali.

Nel momento in cui si assiste ad una "discesa" del patrimonio netto per effetto di ripetute perdite, che possono rendere la struttura finanziaria della società composta, solamente o primariamente, da debiti, si rende necessaria una più accentuata attenzione alla tutela degli interessi dei creditori sociali. A tal fine la legge fa sorgere in capo agli amministratori nuovi e importanti doveri di protezione nei confronti dei creditori, la cui violazione è civilmente e penalmente sanzionata.²

In particolare, prima della riforma del diritto societario nel momento in cui la società entrava in crisi (intesa, nell'unica nozione avente rilievo giuridico-

¹ VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, Giurisprudenza commerciale, 2013, I, pag 129.

² STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, pag. 41.

formale, come perdita integrale del capitale sociale)³ maturava in capo agli amministratori il divieto di compiere nuove operazioni.

Per effetto dell'importante riforma del diritto societario del 2003, il quadro normativo risulta essere decisamente mutato: si è eliminato il divieto di porre in essere nuove operazioni, sancito dall'art. 2449 c.c., sostituendolo con il dovere degli amministratori di agire, in presenza di una perdita di capitale sociale, con l'obiettivo di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Questo non è l'unico dovere riferibile all'organo gestorio, infatti, l'insorgere della crisi è accompagnata dalla nascita di doveri specifici in capo agli amministratori: alcuni di essi espressamente regolati, altri ricostruibili in via interpretativa.

Questi doveri, aventi come obiettivo preminente la protezione degli interessi dei creditori sociali, hanno, tuttavia, una funzione provvisoria, si rende necessario, invece, trasferire il controllo dell'impresa e del suo patrimonio ai suoi creditori⁴. Tale funzione è svolta, nei diversi ordinamenti, dalle procedure concorsuali, o procedure d'insolvenza a cui può essere attribuita la "funzione di adattare le regole di gestione dell'impresa, scritte nel diritto commerciale, ad un contesto mutato, in cui i creditori sono giunti, loro malgrado, a subire il rischio d'impresa".⁵

La funzione di tali istituti è radicalmente mutata nel corso del tempo. La previgente legge fallimentare aveva come obiettivo quello di allontanare dal mercato quegli operatori economici, che non erano in grado di onorare i propri impegni, immaginando, di conseguenza, le procedure d'insolvenza come una sanzione per l'impresa incapace di operare sul mercato e che, con la propria insolvenza, deludeva le aspettative dei soggetti che in essa avevano risposto fiducia, ovverosia dei creditori. Nel vigente quadro normativo, al contrario, la

³ VICARI, (*nota 1*), pag. 134.

⁴ STANGHELLINI, (*nota 2*), pag. 43.

⁵ STANGHELLINI, *Caso Alitalia e procedure concorsuali*, Analisi giuridica dell'economia, vol. 17, pag 386.

possibilità di accesso alle procedure concorsuali si presenta come un'opportunità messa a disposizione dell'impresa in crisi per consentirle una strategia d'uscita⁶. È chiaro che il tema della responsabilità degli amministratori nella crisi d'impresa debba essere analizzato guardando e alla disciplina del diritto societario, e alla disciplina del diritto concorsuale rispetto alle quali si pone l'esigenza di un coordinamento.

Il diritto societario, nel dettare le regole di gestione per le società *in bonis*, dovrebbe anche curarsi di incentivare *ex ante* comportamenti virtuosi da parte degli amministratori. Una collaborazione dovrebbe poi essere fornita dal diritto concorsuale che, dal canto suo, dovrebbe agire nell'ottica di prevenzione dell'insolvenza, facendo leva sul "potenziale dissuasivo legato alla stigmatizzazione a posteriori di comportamenti più azzardati assunti dagli organi sociali"⁷.

Dall'analisi effettuata è emerso che, in situazioni di crisi, la responsabilità degli amministratori viene in considerazione non solo quando questi risultano essere veri e propri "artefici" della crisi ovvero, laddove quest'ultima è una conseguenza diretta della *mala gestio* degli amministratori perché, in verità, la crisi può ben dipendere da fattori "esterni", soprattutto in un'epoca, come quella attuale, in cui vi è una forte interconnessione dei fenomeni economici da un mercato all'altro, ma anche per non essere stati in grado di riconoscere tempestivamente i sintomi della crisi o, ancor di più, per non aver reagito ad essa in modo adeguato.⁸

I principali profili di responsabilità che vengono in considerazione, e che sono stati analizzati in letteratura, attengono alla violazione: (I) dei doveri cc.dd previsionali. Si tratta del dovere di rilevare tempestivamente fattori che mettono

⁶ MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, pag. 852.

⁷ GALLETI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, 2012, consultabile in www.ilfallimentarista.it.

⁸ RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *La società*, 2013, pag.669.

in pericolo la continuità aziendale e che possono avere come diretta conseguenza quello dell'ingresso della società nello stato di crisi; (II) del dovere di "reazione" alla crisi, legato al dovere di individuare la soluzione ottimale per fronteggiare la crisi e limitare gli effetti dannosi; (III) dei doveri nell'attuazione concreta delle soluzioni negoziali adottate.

CAPITOLO 1: AMMINISTRATORI E TUTELA DEI CREDITORI SOCIALI

1.1 I creditori nella crisi d'impresa

Oggi, lo stato di crisi dell'impresa non può più essere considerato un evento eccezionale. Per questo è necessaria una più accentuata attenzione con riguardo a diversi aspetti tipici della vita societaria. Nello specifico, si rende opportuno un più accentuato monitoraggio sulle condotte degli amministratori, specie in considerazione agli interessi dei creditori sociali, maggiormente esposti rispetto ai soci a rischi derivanti dalle loro decisioni.

La crisi d'impresa, infatti, va ad alterare quell'equilibrio che permette il contemporaneo perseguimento degli interessi dei vari soggetti che si interfacciano con l'impresa, ma soprattutto – per quello che qui rileva – dei soci e dei creditori entrambi, in origine, titolari di una pretesa di carattere finanziaria.

In particolare, i soci, fornendo alla società il capitale di rischio, acquisiscono la qualifica di *residual claimants*, ovverosia soggetti che assumono il diritto a ricevere ciò che residua una volta pagati tutti i creditori, il che li incentiva a produrre ricchezza.

Essi, di conseguenza, appaiono i principali soggetti interessati a che la gestione sia la più efficiente possibile, proprio perché il loro diritto a percepire il c.d. *surplus* è condizionato al preventivo soddisfacimento dei creditori sociali. Su questo presupposto si giustifica il potere da parte degli stessi di nominare gli amministratori⁹. Questi ultimi, sono chiamati a compiere le loro scelte gestionali

⁹ STANGHELLINI, (nota 2), pag. 37.

nell'interesse preminente dei soci, rispettando però i limiti posti dalla legge a tutela di tutti gli *stakeholders* e, tra essi, dei creditori sociali¹⁰.

Gli interessi dei creditori sociali, seppur indirettamente, risultano salvaguardati perché perfettamente allineati con quelli dei soci e della società. Tutto ciò giustifica la totale estraneità dei creditori al “controllo” sull'impresa.

Se questa è la situazione “fisiologica”, prendendo atto della realtà, bisogna tener presente che sussistono specifici momenti nella vita dell'impresa che portano ad un totale disallineamento tra interessi dei creditori ed interessi dei soci: ad esempio, la presenza di perdite, che vanno ad intaccare il capitale di rischio portando il valore del netto a livelli molto ridotti, fa sì che siano i creditori, in questo particolare momento, a fornire il vero capitale di rischio necessario tant'è che la struttura finanziaria della società può dirsi composta, principalmente o unicamente, da debiti.

Il rischio che si configura in questa circostanza è costituito dalla tenuta, da parte dei soci, di condotte opportunistiche, per il tramite degli amministratori, volte a estrarre vantaggi dal patrimonio della società a beneficio del proprio patrimonio personale.

Questa tendenza può concretizzarsi per il tramite di “svariate operazioni a contenuto patrimoniale in grado di produrre, anche indirettamente, il disinvestimento del capitale di rischio e la sostanziale traslazione del rischio d'impresa in capo ai creditori”¹¹.

In ogni caso, in questo contesto, l'incentivo principale è quello di intraprendere iniziative eccessivamente rischiose le quali possono produrre due possibili risultati: *positivi* (e a goderne saranno gli stessi soci) oppure *negativi*, nel senso che dette iniziative potrebbero rivelarsi un insuccesso, producendo ulteriori

¹⁰ SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, Diritto societario e crisi d'impresa a cura di U. Tombari, Torino, 2014, pag. 318.

¹¹ MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Rivista delle società*, 2012, p. 237.

perdite destinate a ricadere interamente sui creditori, che vedrebbero così ridursi ulteriormente la probabilità di soddisfacimento dei propri crediti.¹²

Se quindi l'interesse dei soci è ancora la massimizzazione del profitto, l'interesse dei creditori è indirizzato fondamentalmente alla tutela del patrimonio al fine di ottenere il soddisfacimento delle proprie pretese.

È chiara, a questo punto, l'esigenza di una tutela rafforzata degli interessi dei creditori.

A tal fine nei diversi ordinamenti vengono offerti dei meccanismi di protezione che svolgono altresì il compito di limitare i cc.dd. *pervese incentives*.

Le soluzioni messe a disposizione dal diritto societario possono essere classificate come rimedi *ex ante* e rimedi *ex post*, da considerarsi non come incompatibili, bensì capaci di integrarsi.

Anzitutto una prima forma di tutela per i creditori, operante fin dalla costituzione della società, è costituita dal c.d. sistema «del netto» e in particolare dalla disciplina del capitale sociale, inteso come il costo imposto ai soci per accedere al beneficio della responsabilità limitata.¹³

Tuttavia, questa soluzione, classificabile come rimedio *ex ante*, è stata giudicata incapace di assolvere da sola ad un'efficiente funzione di tutela per i creditori sociali, per cui accanto ad essi operano, come già detto, anche dei rimedi *ex post* quali la responsabilità civile.

Con questi ultimi, si interviene principalmente sul piano della responsabilità gestoria attraverso tecniche risarcitorie con l'obiettivo di arrestare le condotte opportunistiche dei soci.

Molti ordinamenti, nel momento in cui si palesano pericoli per i creditori, disegnano un sistema speciale di responsabilità degli amministratori in prossimità dell'insolvenza o al manifestarsi della stessa, prescrivendo in capo a

¹² BUTA, *Tutela dei creditori e responsabilità gestorie all'approssimarsi dell'insolvenza: prime riflessioni*, in *Società, Banche e crisi d'impresa – Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2014, pag. 2543.

¹³ BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d'insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2008, I, pag. 1035-1037.

costoro ulteriori obblighi rispetto a quelli cui normalmente sono soggetti: si tratta di obblighi qualificati perché capaci di generare responsabilità per il danno eventualmente arrecato da una gestione che non tiene conto anche degli interessi dei creditori.

Ad esempio nell'ordinamento tedesco gli amministratori di una società già insolvente, cioè incapace di pagare regolarmente i propri debiti o, semplicemente, con un eccessivo indebitamento, hanno lo specifico obbligo di ricorrere prontamente all'autorità giudiziaria avviando una procedura d'insolvenza, pena la loro diretta responsabilità¹⁴.

Nell'ordinamento inglese, invece sono dettate disposizioni a tutela dei creditori già prima che si manifesti l'insolvenza, in particolare nella disciplina dell'*Insolvency Act* inglese del 1986 sono previste specifiche norme di tutela dei creditori in materia di *fraudulent trading* ossia continuazione dell'attività con scopo di arrecare danno ai creditori e *wrongful trading*: continuazione dell'attività quando l'amministratore sapeva o avrebbe dovuto sapere che non vi era alcuna ragionevole possibilità che la società evitasse una procedura d'insolvenza¹⁵.

Un sistema di questo tipo non è rintracciabile nel nostro ordinamento, dove manca una specifica disciplina che prescriva i doveri degli amministratori di società che si trovano in prossimità dell'insolvenza. Peraltro, si riscontra l'esistenza di previsioni che indirettamente possono produrre un effetto simile e dalle quali può inferirsi la configurabilità di un dovere di "protezione" dell'interesse dei creditori a veder conservato l'integrità e il valore del patrimonio e a non essere esposto al maggior rischio di perdita del proprio credito. Si pensi, in particolare, agli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, che rendono gli amministratori civilmente responsabili del danno arrecato ai creditori sociali.

Tali obblighi possono desumersi dagli artt. 2394, 2486 e 2497 c.c. che sanciscono la responsabilità degli amministratori, rispettivamente: verso i

¹⁴ STANGHELLINI, (nota 2), pag. 46.

¹⁵ BUTA, (nota 12), pag. 2545 ss.

creditori sociali per inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale nel caso in cui questo risulti insufficiente; per una gestione "non conservativa" del patrimonio sociale dopo lo scioglimento della società, da ultimo l'art. 2497 che, sebbene dettato nell'ambito dei gruppi societari, sancisce il principio generale di corretta gestione imprenditoriale.

Tanto i rimedi *ex ante* quanto i rimedi *ex post* non possono dirsi sufficienti. Infatti è stato evidenziato che "i creditori non possono semplicemente accontentarsi del fatto che gli amministratori, nominati dai soci e a questi strettamente legati, «cambino cappello» e diventano ora gestori dell'impresa nell'interesse dei creditori: le norme societarie restano operanti e la nomina e la revoca degli amministratori sono pur sempre affidate ai soci"¹⁶.

La soluzione, prevista dall'ordinamento è data dalle procedure concorsuali che offrono una soluzione alle problematiche che vengono a crearsi in uno stato di crisi. Innanzi tutto, tali procedure, permettono di trasferire il "controllo" dell'impresa ai creditori e ristabiliscono la fondamentale corrispondenza tra i soggetti che sopportano il rischio d'impresa e potere di gestione. Inoltre, permettono di organizzare la gestione del patrimonio della società nell'interesse di tutti i creditori, dotandoli di regole di azione comuni.

Questi ultimi infatti, pur essendo accomunati dall'interesse al massimo realizzo, non si presentano come un gruppo perfettamente omogeneo, potendo essere titolari di interessi tra loro addirittura confliggenti; per questo i creditori devono sottoporsi a vere e proprie regole di concorso, tra cui l'accertamento del loro credito sulla base delle regole stabilite dalla legge fallimentare e in più, al fine di prevenire alterazioni della parità di trattamento dei creditori, e garantire la c.d. *par condicio creditorum*, è previsto dalla legge fallimentare che il patrimonio sociale debba essere messo al riparo dalle iniziative individuali dei singoli creditori.

Le modalità con le quali viene ad attuarsi il trasferimento del controllo e l'organizzazione del gruppo dei creditori si distingue per ciascuna procedura, ma

¹⁶ STANGHELLINI, (nota 2), pag. 45.

l'obiettivo di fondo è comune: permettere ai creditori di esercitare alcune delle funzioni abitualmente svolte dai soci¹⁷.

La centralità degli interessi dei creditori all'interno delle procedure concorsuali emerge anche alla luce delle recenti novità normative apportate dal D.L. n.83/2012 e dalla sua legge di conversione, che hanno rafforzato l'idea che il criterio da seguire nella gestione dell'impresa in fase di ristrutturazione è quello del "miglior soddisfacimento dei creditori". A tal fine, assumono rilievo una serie di disposizioni dettate dalla disciplina fallimentare volte a valorizzare il patrimonio assoggettato alle procedure concorsuali evitando, per quanto possibile, la disaggregazione del complesso produttivo.

Tutto ciò consente di qualificare i creditori sociali come proprietari, in senso economico, dell'impresa. Questo non vuol dire che ricorrendo ad uno degli strumenti di composizione della crisi per gli amministratori l'interesse dei soci diventi addirittura irrilevante.

Si pensi al caso in cui il superamento della crisi si fonda su di un piano che prevede una di quelle operazioni straordinarie che per di più appaiono maggiormente funzionali allo scopo del concordato, come ad esempio un aumento o riduzione del capitale sociale o una fusione, che secondo le regole del diritto societario richiedono l'approvazione dei soci il cui rilascio è interesse dei creditori stessi.

Per cui agli amministratori spetterebbe il complesso compito di contemperare gli interessi dei soci e dei creditori, facendo però particolare attenzione al rischio che il perseguimento degli interessi dei primi pregiudichi ulteriormente le aspettative dei secondi

Si può concludere che il concretizzarsi della crisi d'impresa porta ad un vero e proprio ribaltamento dell'ordinario rapporto sussistente tra interessi dei soci e interessi dei creditori. Nel momento in cui la società è *in bonis*, "secondo l'impostazione dominante, gli interessi dei soci costituiscono l'obiettivo dell'agire sociale, mentre quello dei creditori ne costituisce un limite; con il

¹⁷ STANGHELLINI, (nota 2), pag. 47 ss.

sopraggiungere di una situazione di crisi, l'interesse dei creditori assume un ruolo primario e quello dei soci degrada a limite dell'azione della società".¹⁸

1.2 I doveri di protezione degli amministratori

Nell'ordinamento italiano, come già accennato, manca una disciplina "dedicata" ai doveri degli amministratori nella crisi d'impresa. Fra l'altro, prima della riforma del 2003 e delle successive riforme delle procedure concorsuali, il tema non era stato oggetto di particolare attenzione neanche da parte della dottrina. Il difetto di una tale disciplina non esclude comunque la possibilità di ricostruirla facendo riferimento a norme e principi generali.

Appare chiaro, alla luce delle precedenti considerazioni, che con il sopraggiungere della crisi "l'interesse dell'impresa a proseguire l'attività, viene gradualmente sostituito dal dovere dell'organo gestorio di tutelare l'integrità e il valore del patrimonio sociale nell'interesse preminente dei creditori"¹⁹. Tale dovere "non si traduce nell'obbligo di adottare ogni ragionevole precauzione per evitare l'insolvenza o per minimizzare il danno per i creditori, bensì nell'indirizzare l'attività d'impresa al fine di salvaguardare il complesso aziendale nell'interesse dei creditori"²⁰.

Si potrebbe, invece presupporre il compimento di una valutazione previsionale sulla situazione economico-finanziaria della società al fine di individuare e astenersi da quelle operazioni che, considerate le circostanze concrete e quelle obiettivamente e ragionevolmente prevedibili, potrebbero rendere il patrimonio sociale incapace di soddisfare i creditori perché incapiente.

Il dovere di tutelare l'integrità del patrimonio sociale, oltre che essere implicitamente ricompreso nell'obbligo di gestione diligente (art. 2392 c.c.) e nel

¹⁸ SACCHI, (nota 10), pag.320.

¹⁹ CINCOTTI – NIEDDU ARRICA, *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, paper presentato nel corso del IV Convegno Commerciale "Impresa e mercato tra liberalizzazioni e regole", 22-23 febbraio 2013, Pag. 4.

²⁰ BRIZZI, (nota 13), pag. 1043.

principio generale di corretta gestione societaria e imprenditoriale (art. 2497 c.c.), è espressamente previsto dall'art. 2486 c.c. che, al comma 2, prevede la responsabilità degli amministratori per la mancata attuazione della gestione conservativa del patrimonio sociale dopo lo scioglimento della società.

Tuttavia, anche laddove non ci si trovi di fronte a una causa di scioglimento ma, ugualmente ricorrano condizioni di pericolo per gli interessi dei creditori, può ritenersi che sorga il medesimo obbligo di conservazione dell'integrità del valore del patrimonio sociale: il riferimento è all'art. 2394 c.c. che disciplina, appunto, la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali nel caso d'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione del patrimonio sociale, quando questo risulti insufficiente.

Il nostro legislatore, con l'art. 2394 c.c., decide di offrire una tutela maggiore rispetto a quanto previsto negli altri ordinamenti, riconoscendo in maniera espressa una responsabilità civile degli amministratori anche verso i creditori sociali per le violazioni commesse durante l'intera vita della società, benché comunemente si ritenga che un pregiudizio concreto per i creditori sorge solo con l'approssimarsi di una situazione di crisi o insolvenza.²¹ La stessa casistica, infatti, evidenzia come la sede normale per l'esercizio dell'azione dei creditori sociali è costituita dal fallimento.

Una tale previsione è dettata nell'ambito specifico della società per azioni ma si potrebbe, per via analogica, estendere la sua applicazione anche alla società a responsabilità limitata, sebbene a tal riguardo ci siano posizioni discordanti.

L'interpretazione dell'art. 2394 c.c. è stato oggetto di molteplici dibattiti, con riguardo alla natura dell'azione e alla natura della responsabilità, le cui soluzioni hanno delle conseguenze rilevanti.

Con riguardo alla natura dell'azione, non è stato definitivamente chiarito se la legittimazione concessa ai creditori abbia natura autonoma o surrogatoria; la dottrina e la giurisprudenza prevalente propendono per la prima soluzione, con la conseguenza che l'azione concessa ai creditori costituisce un *quid pluris* rispetto alla responsabilità prevista dall'art. 2392 c.c. legata alla generale violazione del

²¹ BUTA, (nota 12), pag. 2571.

dovere di gestire la società con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze.

Tale soluzione trova una sua giustificazione anche in virtù del fatto che, sebbene le pretese della società e dei creditori traggano origine dalla lesione di un medesimo bene giuridico, laddove la società fosse l'unico soggetto legittimato all'esercizio dell'azione di responsabilità, i creditori sociali si ritroverebbero di fatto privi di tutela effettiva per quanto riguarda i comportamenti posti in essere dall'organo di gestione²².

L'interpretazione a favore della natura autonoma dell'azione trova conferma nel comma 3 dello stesso art. 2394 c.c. per il quale la rinuncia dell'azione di responsabilità da parte della società non ne preclude l'esercizio da parte dei creditori; anche l'art. 2394 bis c.c., riferendosi ad una pluralità di azioni, sembra deporre a favore di tale tesi, nella misura in cui prevede che «in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli (ovvero l'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2392 c.c. e quella dei creditori sociali ex art. 2394 c.c.) spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario stragiudiziale».

Da questa interpretazione è possibile rilevare la maggiore efficienza del nostro ordinamento che, prendendo atto che gli interessi della società²³ in particolari momenti tendono a discostarsi da quelli dei creditori, riconosce a questi ultimi autonomi rimedi civilistici, al contrario di altri sistemi che gli riconoscono la semplice legittimazione a sostituirsi alla società.

Riguardo alla seconda questione, concernente la natura della responsabilità, a seconda che si propenda per la natura contrattuale o extracontrattuale, si riflettono conseguenze sul piano dell'onere della prova. Anche in questo caso si può riscontrare la presenza di una soluzione di "*favor*": il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità, con la conseguenza che l'attore non ha l'onere di provare anche la colpa, ma può limitarsi a fornire la prova

²² BRIZZI, (*nota, 13*), pag.1049 ss.

²³ Intesa in forma riassuntiva come interesse comune dei soci

dell'inadempimento da parte degli amministratori, spettando a questi ultimi provare il fatto estintivo della pretesa risarcitoria, ossia l'avvenuto adempimento.²⁴

1.2.1 I doveri degli amministratori nella crisi

È chiara la presenza nel nostro ordinamento di un sistema particolarmente efficiente che riconosce maggiore attenzione agli interessi dei creditori durante l'intera vita della società, ma non bisogna trascurare che, con l'approssimarsi della crisi e il conseguente rischio di mettere a repentaglio l'integrità del patrimonio, con il risultato di non adempiere agli impegni presi con i creditori, gli "obblighi di protezione" nei confronti dei creditori, diventano maggiormente stringenti, anche alla luce della diffusione di comportamenti opportunistici, tipica di questa particolare fase.

Ciò che concretamente si rende necessario e si richiede agli amministratori è di mutare la direzione del loro operato, riponendo l'attenzione non tanto a nuove occasioni di investimento ma piuttosto alla salvaguardia degli interessi dei creditori. A tal proposito, si parla della nascita di obblighi qualificati di comportamento a tutela dei creditori, il cui contenuto può essere genericamente individuato nel: dovere di accertare le difficoltà che intervengono all'interno dell'impresa in modo tempestivo anticipando la sua manifestazione all'esterno; dovere, a monte, di prevedere il sopraggiungere della crisi, riassumibile nel c.d. dovere previsionale; dovere di attivarsi nell'ottica di prevenzione dell'insolvenza facendo ricorso alle procedure di soluzione concordataria della crisi qualificate come misure atte a porre rimedio a tale situazione, e addirittura, nel caso in cui non è stato possibile evitare l'insolvenza, dovere di evitare l'incremento delle perdite, adottando una gestione puramente conservativa²⁵.

²⁴ BUTA, (*nota 12*), pag. 3571-3572.

²⁵ MIOLA, (*nota 11*), pag. 612.

La difficoltà che si pone è quella di individuare il preciso momento a partire dal quale si rende necessaria una più attenta analisi della condotta degli amministratori.

A tal riguardo l'ipotesi di fondare una responsabilità gestoria in prossimità dello stato di crisi sull'art. 2394 c.c. solleva dubbi, dal momento che la disposizione richiede come presupposto necessario per l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte dei creditori l'insufficienza patrimoniale, intesa come eccedenza del passivo sull'attivo, la quale può manifestarsi anche successivamente all'insolvenza di conseguenza, quando la capacità dell'impresa di far fronte alle proprie obbligazioni è già compromessa.

La condizione cui far riferimento è stata autorevolmente ravvisata nella perdita della continuità aziendale, intesa come «capacità dell'impresa di continuare a svolgere la propria attività, in un prevedibile futuro, senza che ci sia né l'intenzione, né la necessità di metterla in liquidazione, di cessare l'attività o di assoggettarla a procedure concorsuali»²⁶.

Addirittura, secondo un'interpretazione particolarmente rigorosa, in questa ipotesi, sorge l'obbligo in capo agli amministratori di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. Ciò, in diretta conseguenza dell'interpretazione della perdita della continuità aziendale, quale causa di scioglimento della società consistente nell'impossibilità di perseguire l'oggetto sociale.

Indipendente dall'accoglimento o meno di tale interpretazione, è del tutto inopportuno e soprattutto vietata la continuazione tout court dell'impresa, piuttosto, si rende necessaria una gestione conservativa che rispetti gli interessi dei creditori, ma anche un coinvolgimento dei soci perché si adottino gli opportuni provvedimenti²⁷.

²⁶ Principio di revisione 570.

²⁷ BUTA, (*nota 12*), pag. 2588.

1.3 La diligenza degli amministratori

L'emergere della crisi e il conseguente concretizzarsi degli obblighi qualificati in capo agli amministratori pone questi ultimi dinanzi a una pluralità di interessi tra di loro potenzialmente in conflitto. Ad esempio, l'interesse di favorire il risanamento dell'impresa a vantaggio principalmente dei creditori sociali potrebbe porsi in contrasto con quello di richiedere tempestivamente il fallimento, al fine di evitare di incorrere in responsabilità derivante dal ricorso a procedure di risanamento prive di prospettiva concreta di riuscita e tali da provocare l'aggravamento del dissesto.

Tutto ciò rende necessario l'individuazione di criteri specifici per valutare l'operato degli amministratori e le conseguenti responsabilità che in capo ad essi possono configurarsi.

Più nello specifico, l'esigenza è quella di individuare degli *standard* di condotta da riferire agli amministratori e funzionali all'espressione, da parte dei giudici, del giudizio di responsabilità. Si pongono, a tal riguardo, rilevanti difficoltà che sono la diretta conseguenza dei pericoli naturali che caratterizzano l'attività di gestione e che conducono all'esigenza di non trasformare gli amministratori in soggetti avversi al rischio ponendo, al contempo, attenzione a non provocare una loro eccessiva deresponsabilizzazione. "Tutto ciò nel disegno originario del legislatore del codice trovava un equilibrio nel criterio oggettivo della diligenza, con la quale gli amministratori dovevano adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, modellata sulla diligenza del mandatario"²⁸.

Quest'ultima, ai sensi dell'art. 1710 c.c., coincide con la diligenza del buon padre di famiglia; tuttavia, già prima della riforma del 2003, pacificamente si riteneva, discostandosi dal dato letterale, che il parametro cui si doveva far riferimento non era la normale diligenza dell'uomo medio, ma un grado più elevato e meno generico, ovvero quella che avrebbe utilizzato un amministratore normalmente diligente che si fosse trovato in una simile circostanza. Trovava un'implicita applicazione, quindi, l'art. 1176 c.c., il quale disponeva che, nell'adempimento di

²⁸ MIOLA (*nota 11*), pag. 615.

obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata. Da ciò si desumeva la necessità di analizzare in concreto l'attività svolta e le circostanze del caso, tra cui, ad esempio, il tipo di società che si amministrava, le dimensioni e il settore di appartenenza della società, l'importanza dell'operazione, il tempo e le risorse a disposizione.

Il legislatore della riforma, anche tenendo conto della tendenza in atto, ha riformulato l'art. 2392 c.c. e con esso il contenuto del dovere generale di diligenza. L'attuale formulazione prevede che: «gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze».

Il risultato è una soggettivizzazione degli *standard* di diligenza anche a fronte delle difficoltà, nonché dell'inadeguatezza di postulare un criterio generale valido in contesti eterogenei.

Ad oggi, i parametri di cui tener conto nella definizione dello *standard* di diligenza, sono due, di cui solo il secondo può dirsi una vera novità della riforma del 2003: I- *La natura dell'incarico* che rende necessaria un'analisi delle caratteristiche oggettive della società gestita, quali le dimensioni e la complessità dell'attività e ogni concreta circostanza riguardante l'impresa. Si tiene altresì conto della posizione assunta da ciascun amministratore all'interno dell'organizzazione dell'impresa: si guarda, ad esempio, se il singolo amministratore opera sulla base di deleghe, se ha funzioni di presidenza, se si tratta di amministratore esecutivo o non esecutivo²⁹; II – *Le Specifiche competenze*: parametro che impone di differenziare la valutazione della diligenza e della conseguente responsabilità a seconda delle competenze che hanno i singoli amministratori, «il che non significa che gli amministratori debbano

²⁹ ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Giuffrè Editore, 2007, pag. 6.

necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale».³⁰

L'interpretazione dell'art. 2392 c.c. che appare maggiormente condivisibile è quella secondo cui “per ciascun evento devono essere identificate le competenze necessarie per conseguire un'adeguata valutazione e, solo in relazione al risultato di tale accertamento, deve essere definita la diligenza richiesta”³¹.

Un “difetto” della disciplina della diligenza è costituito dalla mancanza di una previsione analoga a quella di cui all'art. 2392 c.c., nella disciplina società a responsabilità limitata dove l'unico possibile riferimento è dato dall'art 2476 c.c. che prescrive il dovere di adempiere gli obblighi imposti dalla legge e dallo statuto con la conseguente responsabilità solidale verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri.

La diversa formulazione degli articoli, per una parte della dottrina, trova giustificazione nelle differenze tipologiche dei due tipi societari. Peraltro, occorre mettere in luce che sussiste una generale esigenza di coerenza sistematica che induce pertanto a riferire anche agli amministratori delle società a responsabilità limitata quella diligenza di carattere professionale, determinata facendo riferimento alla natura dell'incarico e alle loro specifiche competenze³².

Questo trova la sua argomentazione negli art. 2489 c.c. e 2497 c.c.; il primo richiama il parametro della diligenza professionale per i liquidatori di tutte le società di capitali ebbene, nell'ipotesi in cui l'amministratore unico di una s.r.l. venga successivamente nominato liquidatore appare del tutto incoerente il fatto che uno stesso soggetto sia dapprima tenuto ad osservare una diligenza ordinaria e, al verificarsi di una causa di scioglimento sia chiamato ad una diligenza professionale³³.

Lo stesso concetto di diligenza professionale viene evocato all'art. 2497 c.c. nell'ambito dei gruppi societari, richiedendo l'osservanza dei principi di corretta

³⁰ Relazione al D. Lgs. n. 6/2003, 6.III.4.

³¹ SANDULLI, *La riforma delle società*, Torino, 2003, pag. 473.

³² ABRIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società fallita*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2008, pag.382.

³³ ABRIANI, (nota 33), pag. 382 ss.

gestione societaria e imprenditoriale agli amministratori delle società capogruppo che può essere costituita da una società a responsabilità limitata³⁴.

1.3.1 I criteri di sindacabilità delle scelte degli amministratori

Nella società per azioni come nella società a responsabilità limitata è necessario che gli *standards* di condotta riferibili agli amministratori tengano conto dello specifico contesto in cui vengono assunte le scelte imprenditoriali contraddistinte da discrezionalità, dalla natura fortemente opinabile e dall'inevitabile presenza di fattori di rischio³⁵. Il risultato è una limitazione dei poteri di controllo del giudice, dal momento che un suo concreto sindacato potrebbe tradursi in un disincentivo all'adozione di rischi³⁶.

Al giudice viene, quindi, preclusa la possibilità di effettuare un giudizio *ex post* sulla condotta degli amministratori secondo il metodo imprenditoriale, al contrario, “il giudizio sull'operato degli amministratori deve essere effettuato tenendo conto del contesto storico e ambientale, nonché dei dati e delle informazioni disponibili al momento del compimento della scelta che si presume foriera di responsabilità”,³⁷ al fine di accertare se quest'ultima possa dirsi o meno una scelta diligente. Il risultato è l'adozione, anche nella nostra giurisprudenza, della regola della *business judgment rule*, in forza della quale si ritengono insindacabili le valutazioni e le scelte di gestione, purché siano maturate nell'ambito della legalità e di un'amministrazione diligente.

Questa regola deriva dalla tradizione statunitense, dove ai giudici è preclusa la possibilità di ascrivere responsabilità in capo agli amministratori per i danni provocati da una loro delibera, a patto che questa, è stata emanata dopo

³⁴ ABRIANI, (nota 33), pag. 382-383.

³⁵ MIOLA, (nota 11), pag. 616.

³⁶ GALLETI, (nota 7), pag. 23.

³⁷ PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, in *Rivista delle Società*, 2012, n. 6, pag. 1162.

l'assunzione di adeguate informazioni e soprattutto, in buona fede e nel convincimento che fosse nel miglior interesse della società.³⁸

Sebbene questa rappresenti una semplice regola giurisprudenziale, ormai pacificamente adottata, anche il legislatore nella Relazione alla legge di riforma conferma che gli amministratori hanno un dovere di compiere scelte di loro competenza che siano «informate, meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, non d'irresponsabile o negligente improvvisazione»³⁹. Il che è chiaro che non si traduce nell'obbligo di assumere delle decisioni corrette.

Il compito del giudice si risolve nel verificare che le scelte gestorie siano state assunte senza conflitto di interessi, che sia rispettato l'*iter* procedimentale richiesto dalla legge per il compimento di determinate operazioni e che le scelte compiute siano il risultato di cautela, verifiche, ma anche di adeguate informazioni preventive richieste dalla diligenza professionale.

Non è il merito della scelta di gestione ad essere oggetto di valutazione, ma l'*iter* procedimentale che ha portato alla sua assunzione, ovvero le modalità attraverso le quali questa viene attuata.

A questo punto ci si chiede se con l'approssimarsi di una situazione di crisi mutano i criteri di valutazione dell'operato degli amministratori, e dunque se la *business judgment rule* trova o meno applicazione.

A riguardo si sono sviluppate diverse teorie che si pongono su due filoni opposti: il primo secondo cui in situazioni di crisi, con il conseguente rischio per i creditori, la regola della *business judgment rule* non trova applicazione.

In particolare, una teoria di matrice anglosassone motiva tale conclusione evidenziando come, in tale contesto, viene meno il rapporto tra *agent* (amministratori) e *principal* (soci) che da solo legittimerebbe l'applicazione della *business judgment rule*, con il risultato che gli amministratori assumono doveri esclusivi nei confronti dei creditori.

³⁸ DE NICOLA, *Articolo 2392: Responsabilità verso la società*, in *Amministratori* a cura di F. Ghezzi, *Commentario alla riforma delle società*, 2005, pag. 557.

³⁹ Relazione al D. Lgs. n. 6/2003, 6.III.4.

A questa si affiancano altre teorie che giungono al medesimo risultato, seppur fornendo una diversa giustificazione: partendo dall'assunto che la regola della *business judgment rule* ha il compito di incoraggiare la propensione al rischio, evidenzia come questa trova una giustificazione solo in un contesto "ordinario", cioè quando gli amministratori operano nell'interesse esclusivo dei soci.

Sulla base delle critiche rivolte a queste teorie, si sviluppa il filone opposto che ritiene possibile applicare la stessa regola della *business judgment rule* durante l'intera vita della società con l'unico correttivo che "quando la società è in *bonis* il giudizio di razionalità andrà riferito ad uno standard di diligenza parametrato al massimo profitto, quando subentra uno stato di crisi il parametro di diligenza sarà da riferire alla conservazione dell'integrità e valore del patrimonio sociale, nell'interesse preminente dei creditori sociali"⁴⁰.

Alla luce di un'importante pronuncia della Corte di cassazione⁴¹ si è andata diffondendo una nuova tendenza che consiste in un ampliamento del potere di accertamento dell'autorità giudiziaria, al punto che si ritiene ammissibile, nel momento in cui la società versi in uno stato di crisi, una valutazione sulla legittimità delle decisioni imprenditoriali poste in essere in una fase di crisi sulla base della loro potenziale rischiosità per gli interessi dei creditori. Questo perché gli obblighi di diligenza professionale nella gestione dell'impresa devono essere integrati dal dovere di fedeltà all'interesse sociale⁴² e dunque, oltre a valutare l'*iter* procedimentale seguito dagli amministratori nell'adozione di una scelta, bisognerà anche valutare la coerenza di quest'ultima con l'obiettivo degli amministratori di perseguire l'interesse sociale che, non essendo predeterminato e necessariamente coincidente con gli interessi dei soci, in situazioni di crisi è ricollegabile agli interessi dei creditori, maggiormente cagionevoli rispetto alle scelte compiute in questa particolare fase della vita della società.

⁴⁰ VICARI, (nota 1), pag.132.

⁴¹ Cass. 24 agosto 2004 n.16707.

⁴² BRIZZI, *La mala gestio degli amministratori in prossimità stato d'insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, Giustizia civile, I, 2009, pag. 2441ss., consultabile nel database: *Ius Explorer*.

Il riconoscimento della “sopravvivenza” della *business judgment rule*, seppur operante in maniera differente, pone non pochi interrogativi con riguardo alle scelte compiute dagli amministratori una volta rilevata la presenza della crisi.

Ci si chiede in particolare se è possibile ascrivere la responsabilità in capo agli organi gestori per non aver tempestivamente rilevato lo stato di crisi; o ancora se è sindacabile la scelta degli strumenti di composizione negoziale della crisi.

La risposta non è immediata e sembra che, in ogni caso, per poter configurare una responsabilità degli amministratori “occorre domandarsi cosa farebbe un diligente amministratore a fronte di una situazione di tensione finanziaria probabilmente irreversibile”⁴³.

⁴³ SALLORENZO, *Profili di responsabilità degli amministratori delle società di capitali nella gestione della crisi d'impresa*, 2015, consultabile in www.ilcaso.it.

CAPITOLO 2: I DOVERI CC.DD. PREVISIONALI

2.1 I doveri previsionali

La crisi d'impresa è un fattore che mette meglio in luce le responsabilità degli organi gestori e, benché possa essere completamente indipendente rispetto al loro operato, ossia può non essere una diretta conseguenza della *mala gestio* degli amministratori, “questi ultimi possono essere chiamati a rispondere in sede civile per non aver utilizzato gli strumenti dettati dal legislatore, la cui corretta predisposizione avrebbe consentito di far emergere, anticipatamente, la crisi in cui si è trovata l'impresa”⁴⁴. Si ritiene, quindi, che dall'interpretazione di una serie di disposizioni del diritto societario è possibile rinvenire in capo agli amministratori il così detto dovere previsionale.

Quest'ultimo si traduce nell'obbligo di distinguere prontamente la situazione di crisi, o comunque il suo approssimarsi e, conseguentemente, adottare tutte le iniziative che appaiono utili; tra queste rientra certamente il ricorso alle procedure di composizione negoziale della crisi, passando anche per la necessaria o opportuna convocazione dell'assemblea, al fine di informare i soci circa le varie operazioni possibili⁴⁵.

Questo naturalmente ha delle ricadute sul piano delle responsabilità e, in particolare, farebbe sorgere:

- la responsabilità per non aver impedito il manifestarsi della crisi, e quindi non aver monitorato sulla “salute” della società ed evitato la crisi a tutela dell'integrità del patrimonio sociale e, implicitamente, degli interessi di soci e creditori;
- la responsabilità per non aver impedito l'aggravarsi della crisi e il sopraggiungere dell'insolvenza conclamata.

⁴⁴ SALLORENZO, (nota 44), pag.8.

⁴⁵ VICARI, (nota 1), p. 134.

Ciò si pone in linea con l'esigenza di risanamento e di recupero dell'impresa in crisi che è stata avvertita dallo stesso legislatore, il quale ne ha preso atto nelle recenti riforme che hanno interessato il diritto delle procedure concorsuali.

L'obbligo previsionale ha l'obiettivo di incoraggiare la reazione opportuna da parte dell'organo di gestione, sul presupposto che sia preferibile l'emergere della crisi d'impresa nei tempi più brevi possibili, soprattutto per la protezione degli interessi coinvolti in questo particolare momento della vita della società;⁴⁶ infatti, nessuna operazione o procedura è effettivamente valida per la tutela degli interessi dei creditori sociali e, in generale, per uno svolgimento proficuo dell'attività sociale se viene posta in essere quando il patrimonio è ormai incapiente.

L'ordinamento societario, a sostegno dell'attività previsionale degli amministratori, prevede come strumento di "segnalazione" dell'approssimarsi di una situazione di crisi: la disciplina della riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, di cui agli art. 2447 e 2482 *ter* c.c. (rispettivamente per le società per azioni e società a responsabilità limitata), che fissa la regola "ricapitalizza o liquida".

La perdita "grave" del capitale sociale è considerata un segnale di allarme che attiva l'obbligo in capo agli amministratori di convocare senza indugio l'assemblea dei soci a cui verrà riferita, tramite la redazione di un'apposita relazione, la situazione patrimoniale della società. In questo modo, si va a ridurre l'asimmetria informativa con i soci, così da permettere a questi ultimi di assumere la decisione più adeguata tra la ricapitalizzazione, cioè riduzione del capitale sociale e il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore a quello minimo richiesto per legge, o, tutt'al più, la trasformazione in un altro tipo societario e, laddove nessuna delle due alternative venisse posta in essere, si deve procedere con una delibera di scioglimento della società.

Benché la legge non lo espliciti, si ritiene che un'altra conseguenza diretta di queste disposizioni sia una limitazione del potere gestorio spettante agli amministratori che, una volta rilevate le gravi perdite, devono attenersi ad una

⁴⁶ BRIZZI, (*nota 37*).

gestione meramente conservativa fino alla data dell'assemblea convocata ai sensi degli artt. 2447 c.c. e 2482 *ter* c.c.⁴⁷.

L'attivazione di detta regola è legata all'esigenza di conservare un investimento minimo a titolo di capitale di rischio, fungendo da incentivo per i soci a promuovere una corretta gestione dell'impresa sociale, e non piuttosto al concretizzarsi di un effettivo pregiudizio per i creditori, che emerge nel momento in cui ci sono dei rischi circa la capacità solutoria dell'impresa. Sulla base di questa constatazione, è convinzione abbastanza diffusa che tale disciplina non è funzionale ad una intercettazione tempestiva dello stato di crisi.

Questo innanzi tutto perché la perdita del capitale sociale rappresenta un dato patrimoniale, risultato di grandezze che passano per il conto economico, quindi di dinamiche quasi ed esclusivamente reddituali⁴⁸, ed è ancorato ai dati di bilancio, dunque valori che sono il risultato dei criteri di valutazione legali e regole contabili prudenziali. Al contrario, lo stato di crisi, come l'insolvenza, è una condizione che attiene al profilo finanziario dell'attività. È opinione condivisa, infatti, che le situazioni di difficoltà che rilevano sono solamente quelle capaci di incidere sulla capacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni che, pertanto, concretano ipotesi di crisi finanziaria.⁴⁹

Si desume che “la perdita di capitale sociale non ha un legame stringente con la solvibilità della società”⁵⁰: una società può essere in crisi pur non avendo perduto il capitale sociale; il rischio in questo caso è che la disciplina della riduzione del capitale sociale, in veste di “sistema di allarme”, entri in funzione quando la capacità solutoria dell'impresa è ormai pregiudicata ed è quindi del tutto inidoneo a tutelare gli interessi dei creditori sociali.

È vera anche l'ipotesi opposta: una società che ha perso il capitale sociale può essere del tutto solvibile, con il conseguente rischio che i soci siano chiamati ad effettuare ulteriori apporti di capitale di rischio (qualora non intendano deliberare

⁴⁷ STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Rivista delle società*, 2012, pag. 610.

⁴⁸ GALLETTI, (nota 7), pag. 5.

⁴⁹ STRAMPELLI, (nota 48), pag. 607.

⁵⁰ STANGHELLINI, (nota 2), pag. 144.

la trasformazione o lo scioglimento), nel momento in cui la società è ancora in grado di ricorrere al credito, e quindi non ne ha un'esigenza stringente.

È chiaro allora che, benché la regola “ricapitalizza o liquida” non può essere considerata un vero e proprio meccanismo di allarme circa l'approssimarsi dello stato di crisi, appare in qualunque modo un valido “strumento di prevenzione” dato che, costringendo i soci ad investire ulteriori risorse, può allontanare il rischio di una crisi, ma anche uno strumento informativo per i creditori sociali circa lo stato di salute della società; infatti, la decisione dei soci di ricapitalizzare la società segnala la situazione in cui versa, ma anche le sue potenzialità future sono tali da giustificare ulteriori investimenti.

Gli amministratori, nell'adempimento dell'obbligo previsionale, necessitano però del supporto di strumenti idonei a intercettare l'approssimarsi di una situazione di crisi; per cui è evidente, anche alla luce delle sottolineate carenze di questo sistema di allarme, la necessità di vigilare sulla situazione finanziaria della società, poiché l'eventuale accertamento di un suo squilibrio è senza dubbio un indice rivelatore dello stato di crisi⁵¹.

A tal proposito, da una serie di disposizioni che disciplinano l'attività dell'organo gestorio, emerge che la necessità di monitorare e pianificare la situazione finanziaria della società sussiste anche durante l'ordinario corso dell'attività sociale e viene tradotto in un vero e proprio obbligo.

Si pensi, ad esempio, al generale dovere di agire informati, sancito all'art. 2381 c.c., che grava su tutti gli amministratori ed implica il costante monitoraggio della situazione finanziaria, quale fondamento per assumere decisioni imprenditoriali⁵².

Per di più, questa esigenza trova addirittura fondamento nell'art. 2082 c.c. che fornisce la definizione di imprenditore richiamando l'economicità tra i requisiti dell'attività, e, nonostante la dottrina giuridica riconduce generalmente tale requisito all'equilibrio tra costi e ricavi, è fuori da ogni dubbio che per il

⁵¹ STRAMPELLI, (nota 48), pag. 607 ss.

⁵² MIOLA, (nota 11), pag. 628.

perdurare dell'impresa non è sufficiente l'equilibrio economico, ma si rende necessaria anche la conservazione dell'equilibrio finanziario.

Il costante monitoraggio e la pianificazione della situazione finanziaria della società induce gli amministratori a delineare costantemente gli scenari futuri dell'attività d'impresa; ciò, addirittura, viene giudicato idoneo a rappresentare una prima forma di tutela degli interessi dei creditori sociali in quanto funzionali a preservare l'equilibrio economico-finanziario della società.

La predisposizione di apparati organizzativi idonei ad uniformarsi a tale esigenza pare riconducibile al compito, richiesto agli amministratori, di curare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, inteso quale diretta espressione del principio generale e valevole per ogni tipo di società di corretta amministrazione.

La programmazione della dinamica finanziaria della società viene esplicitamente richiamata al comma tre dell'art. 2381 c.c., che assegna il compito al consiglio di amministrazione di esaminare i piani strategici, industriali e finanziari. Letteralmente, l'elaborazione di tali piani si presenta come una mera facoltà concessa all'organo gestorio, ma, stando a quella che è l'interpretazione rigorosa della dottrina, si trasformino in un dovere “quando le dimensioni dell'impresa e/o le politiche gestionali prescelte rendano opportuno nell'interesse della società la predisposizione di un processo programmato formalizzato”.

Da tutta questa serie di disposizioni si desume come la situazione finanziaria non assume rilievo esclusivamente ai fini dell'accertamento dei presupposti per l'apertura delle procedure previste dalla legge fallimentare, ma è oggetto di pianificazione e monitoraggio durante l'intera vita della società.

Questo non riduce la probabilità o l'intensità con cui la crisi si manifesta perché essa può essere la conseguenza di fattori esterni non assolutamente prevedibili e perciò non “governabili” da nessun disegno pianificatorio; tuttavia è innegabile la sua rilevanza ai fini del tempestivo accertamento della crisi, permettendo anche una linea di continuità tra il diritto societario e il diritto fallimentare⁵³.

⁵³ STRAMPELLI. (*nota 48*), pag. 617 ss..

2.2 Il parametro della continuità aziendale

Ai fini previsionali, nell'ottica di favorire il tempestivo accertamento di una situazione di crisi o del suo approssimarsi, assume rilievo centrale il dovere di monitorare non solo la situazione finanziaria della società, ma anche la prospettiva di continuità aziendale.

A quest'ultima, difatti, può ricondursi quell'analisi prospettica richiesta agli amministratori durante l'intera vita della società, in particolare, ai fini dell'informazione da fornire nei documenti contabili e nelle altre comunicazioni d'impresa. Quest'analisi, di fatto, consiste in una valutazione sull'adeguatezza patrimoniale e sulla situazione finanziaria alla luce del complessivo andamento della gestione e della prospettiva della redditività futura.

La perdita della prospettiva di continuità da parte dell'impresa può, quindi, rappresentare un "dato riassuntivo, conseguenza di un peggioramento dei dati operativi, della situazione patrimoniale ma anche finanziaria"⁵⁴; di conseguenza è possibile considerarla uno strumento di allerta, ovvero sia un parametro di centrale importanza da tenere in considerazione al fine di ravvisare la sussistenza o l'approssimarsi di una situazione di crisi.

Seppur vero, infatti, che il venir meno della prospettiva di continuità d'impresa non è perfettamente coincidente con lo stato di crisi ex art 160 l.fall., è evidente che, allorquando gli amministratori dovessero palesare l'assenza di tale prospettiva, la crisi dell'impresa in senso "tecnico" rappresenta l'inevitabile conseguenza, anche solo per effetto del venir meno del merito creditizio e degli affidamenti bancari⁵⁵.

Di conseguenza, si può addirittura tradurre l'obbligo degli amministratori di rilevare tempestivamente la crisi nell'obbligo di rilevare i fattori di rischio per la continuità aziendale.

A tal riguardo, il progetto di riforma delle procedure concorsuali prevedeva espressamente degli istituti di allerta e prevenzione che, tuttavia, non sono stati

⁵⁴ MIOLA, (*nota 11*), pag. 624.

⁵⁵ CINCOTTI – NIEDDU ARRICA, (*nota 19*), pag. 4.

poi effettivamente introdotti con la riforma. A prescindere da questa scelta effettuata del legislatore, è innegabile la sussistenza in capo agli amministratori dell'obbligo di verificare la costante persistenza della continuità aziendale e la compatibilità con essa delle scelte di gestione.⁵⁶

Innanzitutto, in sede di redazione dei bilanci agli amministratori è richiesto il compito di verificare la permanenza di una ragionevole prospettiva della continuità aziendale ai fini della valutazione delle voci di bilancio, così come prescritto all'art. 2423-*bis* c.c. e più specificatamente chiarito dai principi contabili nazionali, i quali prevedono che "nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell'entità di continuare ad operare come entità in funzionamento",⁵⁷ comprendendo un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio.

Ancora più specificatamente, un giudizio circa la sostenibilità prospettica della situazione finanziaria, quindi della prospettiva di continuità aziendale, è richiesto ai sensi dell'art. 2428 c.c. che, nel dettare il contenuto della relazione sulla gestione, impone agli amministratori di fornire un'informativa circa l'evoluzione prevedibile della gestione, nonché di descrivere i principali rischi e incertezze cui la società è sottoposta.

Inoltre, per il perfezionamento di alcune operazioni straordinarie sono esplicitamente previsti degli obblighi di valutazione previsionali.

Ad esempio, per le fusioni a seguito di acquisizione con indebitamento⁵⁸ è richiesto agli amministratori la redazione di uno specifico piano economico e finanziario che attesti l'idoneità dei flussi di cassa previsti per ripagare il debito assunto ai fini dell'acquisizione del controllo; lo stesso nell'ipotesi di costituzione di patrimoni destinati e nella stipula di finanziamenti destinati ad uno specifico affare⁵⁹; e, ancora, nella distribuzione di acconti sui dividendi⁶⁰, la

⁵⁶ SACCHI, (*nota 10*), pag. 306.

⁵⁷ IAS 1, n. 23

⁵⁸ Art. 2501 *bis* c.c.

⁵⁹ Art. 2447 *ter*, comma 1, lett. c, c.c. e art. 2447 *decies* c.c.

⁶⁰ Art. 2433 *bis* c.c.

quale viene subordinata ad una valutazione previsionale circa la prevedibile evoluzione della situazione patrimoniale ed economica della società.

In tutte queste ipotesi l'analisi richiesta agli amministratori è particolarmente complessa: posto che la continuità aziendale presuppone la mancanza dell'intenzione e, in special modo, della necessità di cessare l'attività d'impresa, in un futuro prevedibile, ciò che effettivamente si richiede è di esprimere un giudizio sull'esito futuro di eventi incerti, e addirittura sulla base di informazioni conosciute o facilmente conoscibili in un preciso momento. Per di più, il legislatore non indica le modalità con cui gli amministratori devono verificare le probabilità che l'impresa continui ad operare. Nel silenzio della legge e dei principi contabili, ha assunto un ruolo guida il principio di revisione n. 570 che individua le procedure per accertare la sussistenza della continuità⁶¹. In particolare, vengono individuati degli indicatori, meramente esemplificativi e non assolutamente tassativi, di cui tener conto: finanziari (tra questi capitale circolante netto negativo, situazione di deficit patrimoniale, bilanci storici e prospettici che mostrano cash flow negativi), gestionali (tra questi la perdita di mercati fondamentali, di contratti di distribuzione, di concessioni o fornitori importanti) e una categoria residuale classificabile come altri indicatori (tra cui: la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, la presenza di contenziosi fiscali e legali, le modifiche legislative e politiche governative dalle quali si attendono effetti sfavorevoli per l'impresa).

Adottando i criteri della tecnica aziendale si giunge ad una "diagnosi" dello stato di salute di una impresa e, laddove dovesse essere accertata l'assenza della prospettiva di continuità aziendale, è necessario innanzi tutto un ripensamento e riordinamento delle scelte gestionali al fine di ottemperare lo *standard* di corretta gestione imprenditoriale.

⁶¹ TRONCI, *Perdita della continuità aziendale e strategia di risanamento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, pag. 1270.

Si ritiene, infatti, che la continuità e la sua prevedibile cessazione assume la veste di *standard* di comportamento utilizzabile per individuare doveri qualificati degli amministratori di corretta gestione imprenditoriale.

In condizioni ordinarie, ai fini delle sindacabilità delle scelte di gestione, si considerano conformi ai principi di corretta gestione imprenditoriale proprio le decisioni assunte secondo prudente apprezzamento nella prospettiva di continuità, cioè quelle che risultano essere coerenti con l'obiettivo di mantenere l'impresa in condizioni tali da poter restare sul mercato per un tempo indefinito auto-generando le risorse per la propria continuità.

Il venir meno di tale prospettiva impone un mutamento del processo di osservazione del principio di corretta gestione imprenditoriale, il cui contenuto varia al variare delle condizioni in cui opera l'impresa⁶².

Per effetto delle regole contabili la perdita della prospettiva di continuità aziendale si riflette direttamente sulla situazione patrimoniale della società, essendo imposto nella redazione del bilancio il passaggio ai criteri di liquidazione, a prescindere dalla formale messa in liquidazione della società.

Di norma, questo comporta una “minusvalenza” dell'attivo rispetto al bilancio redatto nell'ottica di continuità; da qui -come spesso accade- può conseguire la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale che, come ben noto, attiva la regola “ricapitalizza o liquida”⁶³. Quest'ultima si pone in linea con il divieto imposto dall'ordinamento di esercitare o continuare ad esercitare l'attività d'impresa a danno di altri o a ragionevole rischio di danno per altri, che si materializza nell'esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità, destinata inevitabilmente a tradire le aspettative di alcuni o addirittura di tutti gli *stakeholders*.

In alternativa al dilemma ricapitalizza o liquida ai gestori viene concessa un'ulteriore possibilità: ricorrere alle soluzioni concordate della crisi, liberalizzate dalla riforma delle procedure concorsuali attivabili esclusivamente in maniera “volontaria”. Anche quest'ultima possibilità permette di rispettare il

⁶² MAZZONI, (nota 6), pag. 831 ss.

⁶³ CINCOTTI-NIEDDU, ARRICA, (nota 19), pag.5.

principio di corretta gestione imprenditoriale che, a sua volta, impone di non proseguire passivamente l'esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità.

Nel caso in cui l'abbandono dei criteri di funzionamento e la conseguenziale attivazione dei criteri di liquidazione, per effetto del venir meno della continuità, non comporta una riduzione del patrimonio al di sotto del minimo legale, ci si chiede quali siano le conseguenze che si generano, dal momento che l'ordinamento in questa ipotesi presenta una lacuna. Un'interpretazione particolarmente rigorosa riconduce questa ipotesi ad una causa di scioglimento prevista all'art 2484 c.c. relativa all'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale. È evidente che la prospettiva di continuità aziendale, ma soprattutto la sua cessazione gioca un ruolo centrale sotto il profilo gestorio, incidendo direttamente sugli obblighi di condotta degli amministratori, i quali in ogni caso sono chiamati ad una gestione conservativa o per il tramite dello standard imposto dall'esigenza di tutelare i creditori sociali, o per effetto degli artt. 2485 e 2486 c.c. che si attivano nell'ipotesi in cui la mancanza della prospettiva di continuità sia ricondotta ad una causa di scioglimento della società.

Coerentemente con l'obiettivo di preservare il patrimonio sociale e il suo valore, l'eventuale decisione di proseguire l'attività, a seguito del venir meno della continuità, deve essere necessariamente accompagnata dal dovere di porre in essere una gestione orientata a tutela degli interessi dei creditori, e ciò concretamente si traduce nell'obbligo di pianificare una strategia di riequilibrio economico-finanziario.⁶⁴

2.3 dovere di curare gli assetti

Perché si possa parlare di responsabilità degli amministratori per non aver tempestivamente rilevato lo stato di crisi occorre necessariamente procedere ad un'analisi della struttura organizzativa della società, dacché si ritiene che “solo

⁶⁴ CINCOTTI-NIEDDU ARRICA, (*nota 19*), pag.5.

una società organizzata in maniera adeguata permette di percepire in maniera efficace, puntuale e tempestiva una situazione di crisi”⁶⁵, così da permettere un’accurata analisi della situazione, ovvero della sua gravità, e procedere all’individuazione della soluzione più adeguata.

Ai sensi dell’articolo 2381 c.c. spetta agli amministratori delegati curare la predisposizione dell’assetto organizzativo ed anche amministrativo e contabile. Quest’obbligo è considerato una declinazione del dovere di corretta amministrazione, che ha assunto il ruolo di clausola generale per eccellenza alla quale gli amministratori devono improntare la propria attività.

Sebbene tale previsione sia dettata con riferimento specifico alla società per azioni, al fine di disciplinare il funzionamento degli organi amministrativi collegiali, al giorno d’oggi, si ritiene che questo costituisca un vero e proprio principio generale dell’amministrazione societaria che vale per tutti i soggetti chiamati ad amministrare una società a prescindere dalla predisposizione o meno di un organo consiliare e dalla presenza o meno di deleghe⁶⁶.

Per comprendere in cosa effettivamente si concretizza tale obbligo vengono in “soccorso” le Norme di comportamento del collegio sindacale, secondo le quali per assetto organizzativo si intende “il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato ad un appropriato livello di competenza e responsabilità”.

Il sistema amministrativo contabile è, invece, “l’insieme delle direttive e delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di un’informativa societaria attendibile ed in accordo con i principi contabili adottati dall’impresa”.

L’attività di predisposizione degli assetti societari deve avvenire nel rispetto di due parametri di classificazione e valutazione delle imprese: le dimensioni e la natura. Se per quanto riguarda le dimensioni non si rendono necessari ulteriori specificazioni, il requisito della natura, invece, deve essere inteso nel senso più

⁶⁵ SALLORENZO, (nota 44), pag. 8.

⁶⁶ RORDORF, (nota 8), pag.670.

ampio possibile. Non bisogna limitarsi a considerarlo come un semplice sinonimo di “oggetto” o “attività esercitata”, ma si rende necessaria la considerazione e l’analisi di ulteriori parametri valutativi che possono influenzare la predisposizione della struttura organizzativa⁶⁷.

Tutto ciò rende palese l’impossibilità di parlare di un assetto adeguato e universalmente valido, ma è necessario adattare e plasmare il criterio astratto al caso concreto.

“Il compito riferibile agli assetti adeguati è quello di garantire un’efficace gestione e un corretto svolgimento delle operazioni sociali attraverso una procedimentalizzazione dell’attività volta ad individuare e arginare i rischi aziendali”.⁶⁸

Venendo al problema principale da cui si è partiti, dire che un adeguato assetto organizzativo delle società consente di venire tempestivamente a capace di sfociare nell’insolvenza significa, praticamente, che è compito degli amministratori “porsi in condizione di esprimere un giudizio sulla continuità aziendale, ed essere in grado di constatare se eventualmente sia divenuto impossibile il conseguimento dell’oggetto sociale a causa della situazione economico-finanziaria dell’impresa”⁶⁹.

Da qui si desume come sia indispensabile per gli amministratori procedere ad una continua e aggiornata analisi della situazione patrimoniale economica e finanziaria della società. Quest’attività è strumentale anche al fine di garantire l’adeguatezza in senso dinamico e quindi per far sì che gli assetti societari risultino adeguati in ogni momento della vita dell’impresa.

⁶⁷ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giurisprudenza commerciale* 2006, pag. 3.

⁶⁸ KUTAFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestorie*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, pag. 719.

⁶⁹ RORDORF, (nota 8), pag. 671.

Nel caso in cui da quest'analisi emerga una situazione di crisi, questo necessariamente va ad influenzare l'attività degli amministratori tenuti a conformare gli assetti alle caratteristiche sociali.

L'inadeguatezza, inaffidabilità o addirittura assenza degli assetti e delle procedure organizzative può determinare una carenza o scarsa qualità delle informazioni disponibili che potrebbe essere la causa della mancata o tardiva rilevazione dello stato di crisi da parte degli amministratori. In questa ipotesi, ai fini dell'imputabilità, da parte del giudice, dei danni che ne derivano occorre distinguere due casi.

Il primo: totale omissione della costruzione degli assetti da parte degli amministratori delegati, questi ultimi, non ponendo minimamente attenzione a quanto richiesto dal legislatore, incorrono in responsabilità gestoria trattandosi della violazione di un obbligo specifico, con conseguente disapplicazione della *business judgment rule*.

Il secondo caso parte dal presupposto che la mancata o tardiva rilevazione della crisi è frutto semplicemente della costruzione di un assetto inadeguato.

In quest'ipotesi in qualche modo l'obbligo specifico sembra risultare formalmente adempiuto, ma, di fronte all'errore in cui di fatto i delegati sono incorsi, bisogna appurare che sia stato rispettato lo standard di diligenza, per cui si rende applicabile a pieno la regola della *business judgment rule*.

“Solo quando gli amministratori delegati compiono la scelta di ritenere inessenziali gli assetti o di costruirne inadeguati per effetto dalla carenza di diligenza può essere perforato lo schema della scusabilità dell'effetto gestorio.

Nelle altre ipotesi l'operatività della *business judgment rule* è piena perché si ritiene che la costruzione di assetti rappresenta in ogni modo una scelta imprenditoriale e come tale si presta ad essere ricostruita, in base ad un giudizio ex ante, secondo un giudizio di prognosi postuma⁷⁰.

2.4 I Doveri degli amministratori non esecutivi

⁷⁰ KUTAFÀ, (nota 69), pag. 725.

Altra fondamentale funzione attribuibile all'art. 2381 c.c. è la ripartizione delle competenze tra amministratori delegati esecutivi e gli amministratori non esecutivi, ossia privi di deleghe esecutive, il che comporta adattamenti anche dal punto di vista della loro responsabilità.

Con riguardo a questa divisione, forti sono gli elementi innovativi introdotti con la riforma del diritto societario che ha operato una sostanziale riallocazione dei poteri e delle conseguenti responsabilità dei diversi componenti del consiglio di amministrazione.

Il vecchio comma due dell'art. 2392 c.c. attribuiva agli amministratori il dovere di vigilare sul generale andamento della gestione; in ogni caso, quindi, anche in presenza di deleghe autorizzative; questo finiva per assumere la veste di un criterio di imputazione oggettiva della responsabilità, soprattutto in sede fallimentare.⁷¹ Agli amministratori non esecutivi, dunque, era preclusa la possibilità di esimersi dalla responsabilità solidale affermando di essersi basati, senza alcuna colpa, sulle informazioni fornite loro dagli amministratori delegati, e questo perché il dovere di vigilanza operava senza alcun limite temporale sull'intero andamento della gestione.

Con la riforma il legislatore ha operato una limitazione alla responsabilità solidale, per cui oggi “in presenza di funzioni delegate a uno o più amministratori l'obbligo di vigilanza è, per così dire, mediato dai doveri informativi predeterminati dalla legge, ai quali gli amministratori delegati sono tenuti, a cadenze periodiche, nei confronti dell'organo consiliare”.⁷²

Più specificatamente, l'art. 2381 c.c. attribuisce agli amministratori delegati il compito di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione, spettando poi all'intero consiglio la sua valutazione.

⁷¹ ABRIANI, (*nota 33*), pag.380.

⁷² CASSOTTANA, *Responsabilità degli amministratori nella crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2004, p. 298.

Il risultato di questa nuova previsione appare maggiormente coerente con il carattere personale della responsabilità: i consiglieri hanno il diritto e il dovere di ricevere informazioni necessarie al fine di analizzare la scelta da adottare; “per fare ciò devono creare, direttamente o per il tramite degli organi delegati, sistemi organizzativi e informativi idonei”,⁷³ con il risultato che sorgerà una loro responsabilità e un conseguente dovere di rispondere ai danni prodotti alla società solo laddove le analisi e valutazioni effettuate risultino carenti.

Gli amministratori delegati nelle periodiche comunicazioni riferiscono altresì sulla prevedibile evoluzione della gestione. Non è ben chiaro se agli amministratori non esecutivi spetti anche la valutazione di tali prospettive, non essendo tale compito letteralmente richiesto dal comma terzo dell’art. 2381 c.c.. La tesi dominante è quella secondo cui “tale carenza, non può esonerare da responsabilità gli amministratori che hanno ommesso di attivarsi a tutela dell’interesse della società”.⁷⁴

Nel caso in cui dalla relazione presentata dagli amministratori delegati non emerga alcun profilo di criticità con riguardo all’andamento della gestione, in linea di principio, gli amministratori non esecutivi possono dirsi esenti da responsabilità. Tuttavia questi ultimi non possono essere immaginati come dei destinatari passivi di informazioni, giacché il loro potere di vigilanza è correlato all’obbligo che ricade su ogni componente del consiglio di amministrazione di agire informati.

Agli amministratori non esecutivi in più è riconosciuto il potere di richiedere che in consiglio gli organi delegati forniscano informazioni relative alla gestione.

Tale potere/dovere, si presta ad una duplice lettura, la prima maggiormente estensiva e fortemente criticata, in forza della quale a questi spetterebbe il compito di richiedere in consiglio qualsiasi notizia relativa alla gestione, attivando così un costante flusso di informazioni tra amministratori esecutivi e non. In questo modo si verrebbe però a reintrodurre l’ormai abrogato dovere di vigilanza; al contrario, secondo l’opinione dominante, il contenuto del dovere di

⁷³ ABRIANI, (*nota 33*), pag.381.

⁷⁴ VICARI, (*nota 1*), pag.137.

informazione degli amministratori non esecutivi appare circoscritto, da un lato, alle situazioni che affiorano dalle comunicazioni degli amministratori delegati e, dall'altro, all'esigenza di esprimersi sulle questioni rimesse al consiglio di amministrazione solo dopo un'appropriata analisi per il cui svolgimento possono rendersi necessarie ulteriori informazioni.

Quindi, il potere/ dovere di richiedere un supplemento informativo scatta nel momento in cui vi siano delle lacune, o comunque se dalle comunicazioni degli amministratori esecutivi emergano dei profili meritevoli di maggior approfondimento.

Si ritiene, inoltre, che nell'esercizio del dovere di agire informati non è concesso agli amministratori non esecutivi né la possibilità di richiedere chiarimenti o informazioni direttamente ai dirigenti, né la possibilità di procedere autonomamente ad atti di ispezione e controllo presso le strutture aziendali. Questo perché si tratta di poteri spettanti all'intero consiglio di amministrazione, che può esercitarli direttamente o delegando uno o più componenti, o addirittura a comitati costituiti nel suo ambito⁷⁵

Sulla base di tutte le informazioni che hanno o possono avere, gli amministratori non esecutivi svolgono la loro funzione decisionale, il che presuppone la loro conoscenza circa lo stato di salute della società che gli permette di rilevare l'eventuale crisi. Anche su di essi ricade l'obbligo previsionale, ma, perché possa essere loro imputata la responsabilità per non aver rilevato la crisi o per non averlo fatto tempestivamente, si richiede un maggior onere probativo rispetto al caso di un amministratore esecutivo: bisogna dimostrare che nella fattispecie concreta la situazione era tale da consentire ad un amministratore dotato di diligenza professionale richiesta di percepire l'eventuale falsità delle informazioni fornite dagli amministratori delegati (nel caso in cui le difficoltà finanziarie vengano occultate da questi ultimi mediante alterazione dei prospetti di bilanci), oppure di avvertire criticità, difetti o carenze informative tali da imporre la richiesta di spiegazioni ed informazioni aggiuntive.⁷⁶ In ogni caso, il

⁷⁵ VICARI, (*nota 1*), pag.138.

⁷⁶ ABRIANI, (*nota 33*), pag. 381.

rischio di coinvolgimento in materia di responsabilità dei componenti del consiglio di amministrazione per gli atti compiuti dagli amministratori delegati sussiste solamente se ne hanno avuto conoscenza.

Ulteriore dovere che ricade sugli amministratori non esecutivi è quello di valutare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, ma anche, secondo quella che è la dottrina prevalente, il loro concreto funzionamento; ciò sempre sulla base delle informazioni fornite all'interno del consiglio dagli organi delegati.

Nell'ipotesi in cui la crisi che colpisce l'impresa è frutto di carenze organizzative o, comunque, di un'errata predisposizione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili (compito che ricade direttamente sugli amministratori esecutivi) la responsabilità che ne deriva è ascrivibile agli amministratori delegati e deleganti, non solo laddove gli obblighi specifici di curare e valutare siano stati disattesi, ma altresì dove, in relazione alle circostanze concrete, la diligenza richiesta e il precetto di agire informati richiedevano maggiori approfondimenti e accertamenti.

Più nello specifico, occorre capire qual è l'ambito entro il quale è permesso il sindacato da parte dei giudici, cioè se la violazione del dovere di valutazione degli assetti comporta una disapplicazione della regola di giudizio della *business Judgment rule*. A tal riguardo non sussiste una risposta univoca; è utile distinguere due possibili ipotesi: la prima, integrale assenza della valutazione, cioè essi non prendono neanche in esame la questione degli assetti; in questo caso si è di fronte ad un'omissione in grado di disapplicare la regola della *business Judgment rule*.

Nella seconda ipotesi la valutazione viene in qualche modo effettuata, e si conclude con un giudizio di idoneità di assetti in realtà inadeguati. In questo caso l'imputazione della responsabilità dipende dalla verifica della conformità o meno della condotta gestoria al generale dovere di diligenza, nonché al dovere di azione informata. Se il giudizio degli amministratori non esecutivi è frutto di una decisione disinformata vi sarà sindacato giudiziale pieno; se, invece, la

valutazione è informata e assunta su basi razionali sarà assoggettabile alla *business judgment rule*⁷⁷.

Si può concludere che l'espressa introduzione del dovere di agire informato sembra aver codificato nel nostro ordinamento quel profilo della *business judgment rule*, che sottrae all'indagine giudiziaria il contenuto della decisione, ma che pone piuttosto l'accento sul processo decisionale mediante il quale ad essa si perviene.⁷⁸

⁷⁷ VICARI, (*nota 1*), pag. 140.

⁷⁸ KUTAFÀ, (*nota 69*), pag. 727.

CAPITOLO 3: CRISI D'IMPRESA E OBBLIGHI DEGLI AMMINISTRATORI

3.1 il dovere di gestione conservativa

Tra le regole di gestione che gli amministratori sono tenuti a seguire una volta che la società vive uno stato di crisi, parte della dottrina⁷⁹ ricomprende il dovere di gestione conservativa che l'ordinamento riconnette al verificarsi di una causa di scioglimento.

Il riferimento è all'art. 2486 c.c. che prescrive l'obbligo in capo agli amministratori di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, in particolari fasi della vita societaria conseguenti il verificarsi di una delle ipotesi richiamate all'art. 2484 c.c..

Questa disciplina, introdotta con la riforma societaria del 2003, determinando la legittimità o addirittura la doverosità della prosecuzione dell'attività d'impresa nella fase di scioglimento e liquidazione della società (naturalmente a patto che risulti limitato al conseguimento di obiettivi di conservazione del patrimonio sociale, preservando tutti valori in essa presenti),⁸⁰ sembra porsi quasi in contrasto con quella previgente la quale, all'art. 2449 c.c., prevedeva che, al verificarsi di un fatto determinante lo scioglimento della società, agli amministratori era preclusa la possibilità di intraprendere nuove operazioni. L'eventuale contravvenzione al divieto da parte loro era accompagnata dalla nascita di una responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi.

In realtà, la nuova formulazione dell'art. 2486 c.c. si pone perfettamente in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale sviluppatosi già nel vigore della previgente disciplina, secondo cui solo le operazioni fonti di ulteriore rischio per l'impresa potevano considerarsi nuove e quindi vietate, e solo quelle

⁷⁹ STRAMPELLI (*nota 48*), pag. 625ss; SALLORENZO (*nota 44*), pag. 1; MAZZONI, (*nota 6*), pag. 814ss.

⁸⁰ BRIZZI, (*nota 37*).

che causavano un danno potevano provocare la responsabilità degli amministratori, in ossequio ai principi su cui si regge la responsabilità civile in generale⁸¹.

Tale prospettiva, a seguito della riforma del 2006⁸², trova riscontro non solo nella disciplina societaria, ma anche nella disciplina fallimentare, con il risultato che in sede di liquidazione volontaria, quanto in sede di liquidazione concorsuale l'obiettivo preminente è la tutela dei valori sottesi alla continuità aziendale.⁸³

Oggi la prosecuzione dell'attività d'impresa non costituisce più una semplice eccezione, ammissibile solo se strumentale alla successiva liquidazione, ma diventa "essa stessa una regola dell'agire degli amministratori perché indirizzata alla salvaguardia dell'integrità del patrimonio e del suo valore".⁸⁴

Si ritiene che la gestione conservativa rappresenti "un limite di carattere generale il cui ambito va specificato in concreto"⁸⁵ e opera in modo peculiare al verificarsi della causa di scioglimento, indicata nell'art. 2484 c.c. al n.4, consistente nella riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale. Quest'ultima rappresenta "un'indicazione dell'insufficienza patrimoniale anche solo minacciata, che può, attraverso la scelta dei criteri di valutazione del patrimonio sociale, incidere sull'accertamento dello stato d'insolvenza al punto da rappresentare un'anticamera del fallimento".⁸⁶

Indiscutibilmente, la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale per effetto di perdite è il momento a partire dal quale si attiva l'obbligo di gestione conservativa; tuttavia sono presenti delle pronunce giurisprudenziali⁸⁷ che parlano dell'obbligo di una particolare "cautela gestionale" già dal momento in cui si verificano perdite per oltre un terzo del capitale sociale, ciò naturalmente sempre e comunque nell'ottica di impedire l'aggravamento del dissesto. La conseguenza è un ampliamento degli obblighi spettanti agli amministratori che

⁸¹ SALLORENZO, (nota 44), pag.1.

⁸² D. Lgs 5/2006 9 Gennaio 2006, n.5.

⁸³ ABRIANI, (nota 33), pag.376.

⁸⁴ BRIZZI, (nota 37), pag..

⁸⁵ BRIZZI, (nota 37).

⁸⁶ MIOLA, (nota 11), pag. 629.

⁸⁷ Corte d'appello civile, Bologna, sentenza 12/01/2004.

sarebbero chiamati non solo alla tempestiva convocazione dell'assemblea, ma anche a una gestione improntata ai canoni di prudenza, nonché al costante monitoraggio della situazione finanziaria della società.

In ogni caso, le eventuali maggiori perdite non possono essere imputate alla responsabilità degli amministratori per il mero inadempimento degli obblighi contemplati nell'art. 2446 c.c., in virtù della forte difficoltà che si palesa nel “riscontrare il nesso di causalità immediato e diretto tra inadempimento e nuove passività, perché non è detto che l'assemblea dei soci, pur convocata, avrebbe preso dei provvedimenti idonei ad evitare le ulteriori perdite”⁸⁸.

L'inadempimento, in questo caso, andrebbe semplicemente ad evidenziare un generale atteggiamento di negligenza gestionale che comunque deve andare sommarsi ai singoli atti gestori da cui derivano le perdite.⁸⁹

Al contrario, il dovere di gestione conservativa, che scaturisce dal verificarsi di una causa di scioglimento, assume piena rilevanza nel caso di successivo fallimento poiché diventa, di fatto, il criterio per imputare agli amministratori le ulteriori perdite del patrimonio subite dalla società.

La giurisprudenza, a tal riguardo, ha dichiarato con chiarezza che la prosecuzione dell'attività gestoria, alla presenza di una causa di scioglimento, non può essere di per sé considerata causa dell'aggravarsi del dissesto; difatti, le eventuali perdite successive potrebbero in astratto verificarsi per effetto “delle svalutazioni operate sui cespiti aziendali in ragione del venir meno dell'efficienza produttiva e dell'operatività dell'impresa in pendenza della liquidazione o durante il fallimento”.⁹⁰

Il danno provocato dagli amministratori deve essere dimostrato in maniera concreta, attraverso un giudizio da compiere necessariamente ex ante, al fine di acquisire la prova dell'esistenza del requisito soggettivo della responsabilità verso la società e i creditori sociali, dacché la loro condotta può rivelarsi neutra,

⁸⁸ RONDINONE, *La responsabilità per l'incauta gestione dell'impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *il Fallimento*, 1, 2005

⁸⁹ RONDINONE, (nota 89), pag.51.

⁹⁰ BRIZZI, (nota 37).

se non addirittura positiva nell'evitare alla società ulteriori perdite ancor più gravi.⁹¹

Effettivamente si rende necessario dimostrare che l'adozione da parte degli amministratori di una condotta conforme alla legge avrebbe evitato l'aggravarsi del dissesto; il che, in sede fallimentare, impone alla curatela di dimostrare innanzitutto l'esistenza di una delle ipotesi descritte all'art. 2484 c.c. anteriormente alla dichiarazione di fallimento, da qui l'incompatibilità con la finalità conservativa, prevista nell'art. 2486 c.c, dell'operazione compiuta successivamente dagli amministratori, e ancora lo specifico effetto dannoso riconducibile a tale operazione contrastante con gli obiettivi conservativi che devono indirizzare la gestione in questa fase della vita societaria.⁹²

In ogni caso, la responsabilità ascrivibile agli amministratori non è più diretta e obbligatoria, ma semplicemente una responsabilità risarcitoria nei confronti dei soci, della società, dei creditori sociali.

Questa regola di gestione, seppur fondamentale, è da applicarsi semplicemente in maniera transitoria, dal momento che una gestione conservativa a tempo indeterminato porterebbe con il tempo ad un azzeramento del patrimonio sociale. A tal proposito la dottrina riconduce agli amministratori il dovere di attivarsi, facendo preferibilmente ricorso a quegli istituti di risoluzione negoziale della crisi previsti dal legislatore, aprendo così la strada alla fase di ristrutturazione. Laddove, tuttavia, gli amministratori non ravvedano le condizioni per porre in essere un'efficace pianificazione della ristrutturazione, si rende necessaria la messa in liquidazione o la presentazione dell'istanza di fallimento in proprio.⁹³

3.2 Dalla regola ricapitalizza o liquida alla regola risana, ricapitalizza o liquida

⁹¹ ABRIANI, (*nota 33*), pag.377.

⁹² ABRIANI, (*nota 33*), pag. 377.

⁹³ SALLORENZO, (*nota 44*), pag. 3.

Con la riforma delle procedure concorsuali è emerso un nuovo obiettivo per la legge fallimentare: incentivare la conservazione del valore dell'impresa, muovendo dalla constatazione che quest'ultima rappresenta un fatto sociale, coinvolgente una pluralità di interessi differenziati, ma interdipendenti⁹⁴.

Gli strumenti a tal fine giudicati più idonei sono gli istituti di regolazione negoziale della crisi, verso i quali il legislatore evidenzia un certo *favor*, anche e soprattutto alla luce dell'introduzione, nel 2012 con il "decreto sviluppo"⁹⁵, di una novità fondamentale: l'art 182-*sexies* l.fall. che sospende l'applicazione di alcune norme del diritto societario in tema di perdita del capitale sociale e di scioglimento delle società di capitali.

Più precisamente, in presenza di perdite superiori ad un terzo del capitale sociale, con il deposito di una domanda per l'ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o, ancora, con il deposito della proposta di accordo ex art. 182-*bis* comma 6 l.fall., è sospeso l'obbligo di riduzione del capitale sociale imposto dall'art. 2446 comma 2 e 3 c.c. e dell'art. 2482 *bis*. comma 4,5,6 c.c.; è sospesa l'operatività della regola "ricapitalizza o liquida" imposta dagli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c. in presenza di perdite perforanti il minimo legale del capitale sociale; non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale prevista agli art. 2484 n.4 e 2545 *duodecies* c.c.

La *ratio* di tale disposizione trova facilmente spiegazione con riguardo alla sospensione della regola "ricapitalizza o liquida" giacché può rappresentare un ostacolo alla reale conservazione del valore dell'impresa.

Essa, infatti, prevede la possibilità di evitare lo scioglimento della società e il conseguente venir meno della prospettiva di continuità esclusivamente mediante operazioni non idonee a garantire la prosecuzione dell'attività; tant'è che, con il ripristino del capitale minimo o con una trasformazione regressiva potrebbe persistere uno squilibrio della situazione economico-finanziaria che non

⁹⁴ MAZZONI, (nota 6), pag. 818 ss.

⁹⁵ D.L. n. 83/2012.

garantisce la capacità della società di generare i flussi necessari a far fronte al proprio indebitamento.

Con l'art. 182 *sexies* l.fall. viene innanzitutto chiarito che l'accesso alle soluzioni concordate della crisi non è subordinato alla ricapitalizzazione della società e al relativo esborso da parte dei soci o eventualmente di terzi; in caso contrario, il rischio di una loro indisponibilità precluderebbe l'effettivo risanamento, determinando la necessaria messa in liquidazione della società.⁹⁶

La liquidazione, a sua volta, crea una situazione di “allarme” che rende maggiormente complessa la predisposizione di un piano concordatario o di un accordo di ristrutturazione. Essa decretando il venir meno della continuità aziendale, ostacola l'acquisizione di nuove risorse finanziarie necessarie per mantenere l'impresa in funzionamento, provocando la “dispersione” del valore economico eventualmente residuo.

Qualche perplessità emerge invece nell'individuare le ragioni che hanno portato alla disapplicazione degli artt. 2446 e 2482 c.c., considerato che questi non prescrivono l'obbligo di attivare la regola “ricapitalizza o liquida”, ma soltanto l'adeguamento del capitale nominale a quello reale. Non sembra che tali disposizioni si pongano in contrasto con l'esigenza di preservare il valore dell'azienda mediante il ricorso a soluzioni concordate della crisi d'impresa. Sotto questo aspetto l'art. 182-*sexies* è stato giudicato addirittura inutile, ma probabilmente la decisione di sospendere anche l'applicazione di tali disposizioni è frutto dalla considerazione che non appare di particolare utilità imporre l'adeguamento del capitale in caso di mancata riduzione a meno di un terzo delle perdite accertate entro l'esercizio successivo quando occorre attendere l'esito del concordato o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti per sapere quale sarà effettivamente la struttura finanziaria e patrimoniale della società da cui dipende l'entità della sua capitalizzazione.⁹⁷

⁹⁶ STRAMPELLI, (nota 48), pag. 654.

⁹⁷ BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società* – Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, pag. 2600 ss.

In ogni caso, la sospensione degli obblighi prescritti dalle disposizioni di diritto societario in materia di capitale sociale potrebbe far pensare che sia compromessa la sua funzione informativa nei confronti dei creditori, la quale consiste nel “garantire” la presenza di un patrimonio netto non inferiore ai due terzi del capitale sociale.

In realtà, l’esigenza informativa nei confronti dei creditori sociali viene preservata mediante l’obbligatoria pubblicità nel competente registro delle imprese della domanda di ammissione alle procedure concorsuali⁹⁸ e altresì attraverso la trasparenza sulla reale consistenza del capitale sociale e del patrimonio netto assicurata con l’iscrizione nel registro delle imprese della dichiarazione con la quale viene accertata la causa di scioglimento. Infatti, nell’ipotesi di perdita grave del capitale sociale si ritiene che tale obbligo sopravviva, non ponendosi in contrasto con lo strumento di regolazione negoziale della crisi prescelto, anzi, ne agevola il successo.⁹⁹

La sospensione non opera per il comma 1 dell’art. 2446 e i primi tre commi dell’art. 2482-*bis* c.c., quindi, in presenza di perdite eccedenti il terzo del capitale sociale sopravvive l’obbligo di convocare senza indugio l’assemblea dei soci per gli opportuni provvedimenti, sottoponendo ad essa una relazione illustrante la situazione patrimoniale della società dalla quale risulta l’entità e l’origine della perdita. Lo stesso obbligo deve ritenersi sussistente anche nelle ipotesi di perdite più gravi previste agli art. 2447 e 2482 *ter* c.c., nonostante dal tenore letterale dell’art 182 *sexies* l.fall. emerga la loro sospensione integrale. Tale obbligo è finalizzato ad assolvere una funzione informativa nei confronti dei soci, fermo restando che questi ultimi non saranno tenuti ad adottare alcun provvedimento dal momento che rientra tra le competenze dell’organo amministrativo presentare la domanda e la proposta di concordato preventivo, nonché la domanda di

⁹⁸ ROSSI, *La governance dell’impresa in fase di ristrutturazione*, paper presentato al V convegno annuale dell’associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “orizzonti del diritto commerciale”, Roma 21-22 Febbraio 2014, www.orizzontideldirittocommerciale.it, pag. 3.

⁹⁹ SACCHI, (*nota 10*), pag.324.

omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, o ancora la proposta di accordo ex art. 182 bis.¹⁰⁰

“I soci manterranno, dunque, il ruolo di semplici spettatori di decisioni già assunte dall’organo amministrativo, senza la possibilità di incidervi; si desume come questa norma va a gravare anche sugli equilibri interni della governance societaria”.¹⁰¹

Laddove, invece, gli amministratori non intendano immediatamente procedere con il deposito della domanda, restano a maggior ragione assoggettati all’obbligo di convocare l’assemblea dei soci, per gli stessi fini informativi, ma soprattutto per l’adozione degli opportuni provvedimenti tra i quali va ricompreso, senza alcun dubbio, il ricorso a una procedura di composizione negoziale delle crisi; in questo caso è obbligo degli amministratori dar esecuzione alla delibera dei soci, evitando il rischio di responsabilità prescritto dell’art. 2486 c.c.¹⁰².

Per quanto riguarda il profilo temporale della sospensione operata dell’art. 182-sexies l.fall, al comma due, è specificato che nel periodo anteriore al deposito della domanda di ammissione alle procedure di composizione negoziale della crisi resta ferma l’applicazione dell’art. 2486 c.c., e quindi la regola della gestione conservativa, che si attiva al verificarsi di una causa di scioglimento della società.

Il legislatore, in questo modo, intercetta e palesa la necessità di evitare che, nel periodo di tempo che intercorre tra il verificarsi della causa di scioglimento e il deposito della domanda per l’accesso alle soluzioni concordate della crisi, gli amministratori compiano atti non finalizzati alla conservazione del valore dell’azienda, e quindi contrastanti con la situazione di dissesto in cui si trova a vivere la società¹⁰³.

La disapplicazione operata dall’art. 182-sexies si estende fino al momento dell’omologazione che conclude la procedura di concordato; per cui le ipotesi prospettabili sono due:

¹⁰⁰ Art. 152, comma 2 lett b. e 161 comma 4.

¹⁰¹ ROSSI, (*nota 98*), pag.8.

¹⁰² ROSSI, (*nota 98*), pag.6.

¹⁰³ STRAMPELLI, (*nota 48*), pag. 655.

I) la società in tale momento è dotata di un capitale non inferiore a quello minimo previsto per legge grazie ai risultati prodotti dal piano, dalla proposta di concordato o dall'accordo di ristrutturazione dei debiti per cui si è optato¹⁰⁴

II) Qualora, invece, al momento dell'omologa la società versi ancora nelle condizioni previste all'art. 2447 c.c i soci sono tenuti a riattivare nuovamente la regola "ricapitalizza o liquida".

Di fatto, "il legislatore consente alla disciplina del capitale sociale di "restare alla finestra" per assistere all'esito della ristrutturazione dei debiti realizzata mediante un istituto di composizione negoziale della crisi e, solo laddove la ristrutturazione si concluda positivamente, detta disciplina non avrà più ragione di attivarsi".¹⁰⁵

Da qui emerge con chiarezza che la condizione necessaria per proseguire l'attività d'impresa, avvalendosi del medesimo tipo sociale, resta la ricostruzione del capitale, ma l'obiettivo di questa scelta legislativa è di far sì che ciò si realizzi con le modalità previste nel piano concordatario o nell'accordo con i creditori.¹⁰⁶

L'art. 182 *sexies* l.fall. lascia un dubbio, dato che non è immediatamente chiaro cosa accade qualora, per qualsiasi motivo, non si raggiunga l'omologazione, o meglio, posto che sicuramente in tale ipotesi viene meno la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione, ci si chiede se tale cessazione retroagisca. Se ciò fosse accettato come vero, le sorti degli amministratori sarebbero inevitabilmente legate all'esito finale delle procedure, infatti, resterebbero esposti al rischio di vedersi imputare a titolo di responsabilità il mancato adempimento degli obblighi conseguenti al verificarsi della causa di scioglimento della società, tra cui il compimento di un'attività d'impresa non meramente conservativa; con la conseguenza di un forte disincentivo nel ricorso alle soluzioni negoziali della crisi, vanificando così l'intento del legislatore.¹⁰⁷ Al contempo, però, non bisogna sottovalutare il rischio di un ricorso abusivo a tali istituti, che si concretizza soprattutto nelle ipotesi in cui viene certificata, con una

¹⁰⁴ SACCHI, (nota 10), pag. 328.

¹⁰⁵ ROSSI, (nota 98), pag. 2.

¹⁰⁶ BUONAURA (nota 97), pag. 2600; STRAMPELLI (nota 48), pag. 653.

¹⁰⁷ RORDORF, (nota 8), pag. 673.

dichiarazione di inammissibilità da parte del tribunale, l'insussistenza fin dal principio delle condizioni essenziali per la presentazione della domanda. Tenendo conto del fatto che tale assenza può essere frutto di errori incolpevoli degli amministratori, senza che vi sia stata alcuna violazione dei loro doveri, la soluzione da preferire è quella di richiamare la responsabilità degli amministratori per l'indebita presentazione della domanda di concordato o di omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 *bis*, solo nel momento in cui vi è da parte loro la violazione del dovere in ordine alla decisione di adottare uno strumento di soluzione negoziale della crisi e del dovere di configurare il suo contenuto¹⁰⁸.

Da tutte queste osservazioni si prende atto che, alla presenza di perdite che erodono il capitale sociale, portandolo al di sotto del minimo legale, con l'introduzione dell'art. 182-*sexies* l.fall., la regola "ricapitalizza o liquida" è stata di fatto sostituita dalla regola "risana, ricapitalizza o liquida", con l'implicito superamento dell'obbligo di capitalizzazione minima.

Il presupposto da cui muove il legislatore è che il duplice obiettivo di conservare il valore dell'impresa in crisi e di soddisfare i creditori sociali possa essere meglio perseguito, non tanto imponendo la costante esistenza di un investimento minimo dei soci, quando agevolando il ricorso alle soluzioni concordate della crisi capaci di favorire l'ingresso nell'impresa di risorse necessarie per la soddisfazione dei creditori, e anche per ripristinare l'equilibrio finanziario necessario laddove si intenda proseguire l'attività.¹⁰⁹

3.3 I doveri degli amministratori in esecuzione del concordato

Il sopraggiungere della crisi e il suo "consacramento" con l'accesso della società alla procedura di concordato non provoca di per sé lo scioglimento della società, anzi proprio mediante gli interventi pianificati nell'ambito di tale procedura si

¹⁰⁸ SACCHI, (*nota 10*), pag.329.

¹⁰⁹ STRAMPELLI (*nota 48*), pag.660.

può contribuire a rimuovere le cause di scioglimento eventualmente sopravvenute; questo produce delle ripercussioni sul piano dei poteri-doveri degli organi sociali¹¹⁰.

È diffusa l'opinione secondo cui l'ammissione della società alla procedura di concordato non incide sull'assetto organizzativo, quindi, in linea di principio, agli amministratori è richiesta la prosecuzione della gestione dell'impresa sociale con le medesime competenze e con le medesime funzioni. Ciò non significa che la procedura sia completamente priva di effetti; è, infatti, innegabile che il suo presupposto oggettivo: lo stato di crisi, richieda una maggiore attenzione agli interessi di terzi, in special modo dei creditori sociali. Questa necessità, nella disciplina del concordato, trova risposta nel così detto spossessamento attenuato¹¹¹ che consiste in un insieme di autorizzazioni e di controlli sull'attività amministrativa dell'impresa da parte degli organi della procedura, e “si esprime in particolare attraverso l'autorizzazione del giudice delegato per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione”.¹¹²

Con l'accesso della società alla procedura concorsuale e in pendenza di essa è concessa la possibilità agli amministratori di compiere atti di gestione in regime di autonomia a patto che l'attività giuridica posta in essere abbia carattere ordinario. Al contrario, laddove l'atto, alla luce del contenuto della proposta di concordato, debba essere classificato come straordinario si sottopone a un regime autorizzativo e si rende obbligatoria l'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria¹¹³.

“Il giudice della crisi dell'impresa” sarà chiamato ad esprimersi, su istanza degli amministratori, fornendo o meno la propria autorizzazione al compimento di alcune operazioni, ad esempio la contrazione di finanziamenti essenziali per la continuità aziendale.

¹¹⁰ BOGGIO, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società* – Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, pag.864.

¹¹¹ Definizione data da: Cass., 25 febbraio 2008, n.4728.

¹¹² BUONAURA, (nota 97), pag. 2603; BOGGIO, (nota 110), pag.865 ss.

¹¹³ BOGGIO, (nota 110), pag. 871-872.

Per lo svolgimento di tale incarico “si rende necessaria, da parte del giudice delegato o del tribunale, una preventiva istruzione sommaria dell’istanza e se possibile del piano concordatario con il parere del commissario giudiziale”¹¹⁴. È evidente che il presupposto di tutto ciò è un’interazione sistematica tra gli organi sociali e gli organi della procedura, fermo restando che le competenze, attribuite dalla legge a questi ultimi, non dovrebbero mai tradursi in un potere di riorganizzazione della società, dovendo sempre essere salvaguardata l’autonomia di quest’ultima.¹¹⁵ Intuitivamente, si comprende la necessità di instaurare tra di loro un costante flusso informativo che attraversi l’intera durata della procedura. Tale esigenza si traduce nel compito degli amministratori di esporre, in maniera quanto più possibile chiara e puntuale, la situazione in cui versa la società agli organi della procedura, in ossequio al dovere di curare il rapporto tra la società in concordato e gli organi della procedura e al fine di assicurare loro quella conoscenza minima necessaria per adottare quegli atti rimessi alla loro competenza.

L’importanza di tale compito, per il buon funzionamento della procedura, richiede un’adequata sanzione nel caso in cui venga disatteso dai membri dell’organo gestorio, ma a riguardo nella disciplina concorsuale vi è una lacuna, per cui si ritiene che un rimedio azionabile dagli organi della procedura, nonché dai creditori, sia la dichiarazione di inammissibilità del concordato, la revoca dell’ammissione, la mancata approvazione della proposta, il rigetto della domanda di omologazione, la risoluzione o ancora l’annullamento del concordato¹¹⁶.

Altro compito fondamentale spettante agli amministratori, salvo che non sia presente una deroga statutaria che lo attribuisca all’assemblea, è quello di definire le modalità di composizione della crisi o del dissesto dell’impresa da

¹¹⁴ GUERRERA, *Le Competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione della crisi*, Rivista delle società, 2013, fasc. 6, pag. 1114 ss. consultabile nel database *Ius Explorer*.

¹¹⁵ GUERRERA. (nota 114).

¹¹⁶ BOGGIO (nota 110), pag. 877 ss.

proporre ai creditori, in altre parole di individuare il contenuto del piano concordatario.

Nel corso del tempo, con le varie riforme della disciplina societaria e concorsuale il legislatore ha acquisito sempre più consapevolezza della necessità per l'impresa in crisi di avvalersi, in alternativa alla liquidazione, delle opportunità offerte dalle norme societarie, più nello specifico delle operazioni sul capitale, delle operazioni straordinarie e in generale delle modifiche statutarie idonee a ripercuotersi sulla struttura organizzativa e finanziaria della società, al fine di proporre ai creditori sociali soluzioni soddisfattive consentendo altresì la ripresa dell'attività e la conservazione dell'organismo produttivo. Questo trova la sua consacrazione nell'art. 160 l. fall. dove è previsto che la proposta concordataria debba prevedere “la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma ... anche mediante operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito”, quindi viene richiamata espressamente la possibilità di porre in essere tutta una serie di operazioni che richiedono alla società una modifica della struttura organizzativa e finanziaria.

Mancando però un coordinamento tra norme societarie e norme concorsuali occorre procedere in via interpretativa al fine di individuare i contenuti e gli eventuali limiti della gestione societaria con l'accesso al concordato¹¹⁷.

La riconosciuta possibilità di collegare, attraverso il piano, la formulazione della proposta di concordato a delle modifiche organizzative, a delle operazioni sul capitale e a delle operazioni straordinarie, accende un nuovo interrogativo e cioè se trova piena applicazione la disciplina societaria o si rendono necessarie delle deroghe con particolare riguardo al profilo della competenza deliberativa e del procedimento da adottare.

A tal riguardo, recentemente si è diffusa l'idea che “il potere degli amministratori di proporre il concordato implica anche quello di “disporre” in ordine a tutto che la proposta contiene, quindi anche in ordine alle operazioni straordinarie

¹¹⁷ BUONAURA, (*nota 97*), pag 2593 - 2595.

normalmente di competenza assembleare”¹¹⁸. Questa, tuttavia, rappresenta una tesi minoritaria, al contrario l’opinione dominante prevede che, seppur si tratta di operazioni “collegate” alla decisione di accedere alla procedura di crisi, esigono ugualmente l’intervento assembleare e devono applicarsi tramite delibere approvate dall’assemblea la cui efficacia però è di norma subordinata all’approvazione e adesione dei creditori.

Di conseguenza il deposito da parte degli amministratori della domanda di concordato, che preveda delle operazioni incidenti sull’organizzazione della società, non corredata dalla necessaria delibera dei soci può far dubitare della fattibilità della proposta, dal momento che rimane condizionata alla necessaria manifestazione della volontà da parte dei soci, la quale potrebbe essere sanata nel corso della procedura o in sede di esecuzione del concordato, ma potrebbe addirittura non intervenire. Quest’ultima ipotesi configura un inadempimento dell’obbligo della società di dare esecuzione agli impegni assunti con la proposta concordataria, il che può esporla ad una valutazione negativa circa la sua fattibilità che può a sua volta incidere sull’esito della procedura.

La soluzione migliore sembra, quindi, quella di acquisire la necessaria delibera assembleare prima della presentazione della domanda, magari con effetti condizionati all’omologa.¹¹⁹

L’esigenza di analizzare in maniera puntuale le operazioni incidenti sulla struttura finanziaria e patrimoniale della società sorge in virtù del fatto che esse appaiono maggiormente funzionali allo scopo del concordato di “traghetare l’impresa in crisi ad una situazione di possibile futura solvibilità mediante gli accorgimenti più opportuni concordati con la maggioranza dei creditori”;¹²⁰ per di più le conseguenze che comportano sul piano patrimoniale richiedono maggiore attenzione alla verifica di compatibilità con la disciplina e le finalità della procedura concordataria.

¹¹⁸ SACCHI, (*nota 10*), pag. 312.

¹¹⁹ BUONAURA, (*nota 97*), pag. 2605.

¹²⁰ BOGGIO, (*nota 110*), pag. 863.

Innanzitutto, nel momento in cui tali operazioni sono coerenti e funzionali al piano che sorregge la proposta di concordato non si rende necessaria neanche l'autorizzazione da parte del giudice delegato ex art 167 e 161 l. fall., essendo state deliberate o programmate nella fase anteriore all'omologa.¹²¹

In particolare, è sicuramente possibile prevedere un aumento di capitale mediante l'esecuzione di nuovi conferimenti da soggetti interni o anche esterni della compagine societaria, ma anche a seguito della conversione di debiti in capitale. Frequentemente gli effetti o l'esecuzione di questa operazione possono essere condizionati alla definitiva omologazione del concordato, giacché difficilmente soci o terzi sono disposti ad effettuare versamenti prima che siano chiariti i rapporti con i creditori.¹²²

Altra operazione che appare coerente con la finalità della procedura di concordato e che non richiede autorizzazione al giudice della procedura è la trasformazione, rispetto alla quale si può tutt'al più ipotizzare l'esistenza in capo agli amministratori del dovere di informare previamente gli organi della procedura per consentir loro l'esercizio dei poteri di vigilanza¹²³.

In esecuzione del piano concordatario possono essere poste in essere anche dalle operazioni di fusione e scissione, rispetto alle quali non si rende necessaria l'autorizzazione del "giudice della crisi" a meno che non rappresentino una variazione inattesa del procedimento pianificato per le soluzioni negoziali della crisi.

Per queste operazioni trova integrale applicazione la disciplina societaria in tema di deliberazione e anche per quel riguarda il procedimento; tuttavia l'efficacia delle delibere di fusione come quelle di scissione verrà presumibilmente condizionata all'omologa il che potrebbe far sorgere un problema di sincronizzazione di tali operazioni con il procedimento di concordato. Eventuali opposizioni da parte di creditori sociali o soggetti terzi che necessariamente intervengono nell'operazione, o semplicemente i ritardi nella procedura

¹²¹ GUERRERA, (nota 114).

¹²² BUONAURA, (nota 97), pag. 2609.

¹²³ GUERRERA, (nota 114).

potrebbero far sì che le situazioni patrimoniali redatte per l'operazione e il rapporto di concambio illustrano una realtà ormai superata. Il risultato sarebbe un "impedimento al compimento dell'atto previsto come conclusivo del procedimento con inevitabili influenze negative in termini di fattibilità dell'intera proposta".¹²⁴

Il piano, qualunque sia il suo contenuto, assume un ruolo centrale ed è compito degli amministratori assicurarsi che la gestione dell'impresa lo rispetti. Tuttavia, il dinamismo che caratterizza l'impresa e la realtà in cui essa opera possono dar vita a circostanze sopravvenute di carattere endogeno o esogeno che rendono necessaria una modifica o comunque un adeguamento del piano e della proposta di concordato; da qui si configura un ulteriore dovere degli amministratori della società in crisi: verificare che il piano rimanga attuale. Sotto questo profilo assumono un rilievo centrale i doveri degli amministratori in tema di predisposizione e adeguatezza degli assetti organizzativi da cui si fa risalire tale obbligo: più nello specifico, il dovere di pianificazione degli assetti viene ad imporre il costante controllo della permanenza del carattere di attualità del piano, il dovere concernente l'adeguatezza degli assetti richiederà la verifica costante dell'idoneità delle strutture organizzative all'attuazione del piano e della loro capacità di rilevare in maniera tempestiva l'esigenza di un suo aggiornamento o una sua mutazione.¹²⁵

La decisione di apportare delle modifiche al piano può sembrare in contraddizione con la regola dettata all'art. 175 l.fall. secondo cui i mutamenti della proposta concordataria e, di conseguenza, del piano alla sua base sono ammissibili solo fino all'inizio delle operazioni di voto. A riguardo, però, si è da tempo sviluppata un'opinione, che ha assunto carattere dominante, secondo cui sono sempre possibili variazioni in *melius* dell'offerta concordataria che tra l'altro dovrebbero essere attuate seguendo le medesime regole formali prescritte per la formulazione della proposta; seguendo tale prospettiva, devono ritenersi sempre ammissibili, senza bisogno di alcuna autorizzazione, operazioni finanziarie volte

¹²⁴ GUERRERA, (nota 114).

¹²⁵ SACCHI, (nota 10), pag.321.

ad incrementare il capitale sociale dal momento che agevolano l'effettiva realizzazione della soluzione negoziale della crisi.¹²⁶

3.4 L'aggravamento della crisi: l'obbligo degli amministratori di formulare istanza di fallimento in proprio

Al fine di arricchire ulteriormente lo "statuto" degli amministratori nella crisi d'impresa, e ragionando sempre sui doveri cui sono gravati nei confronti dei creditori sociali, ci si domanda se l'aggravamento del dissesto debba essere accompagnato dall'obbligo per gli amministratori di formulare istanza di fallimento in proprio.

La risposta non è affatto agevole dal momento che nel nostro ordinamento non vi è alcuna norma di diritto sostanziale che disciplina positivamente quest'obbligo; la legge concorsuale, dal canto suo, con l'art. 6 l.fall. si limita semplicemente a riconoscere in capo agli amministratori della società insolvente la facoltà di sollecitare la dichiarazione di fallimento, "tutto però senza chiarire il problema a monte della natura della situazione giuridica soggettiva di cui costituisce espressione".¹²⁷

Nel passato, parte della dottrina tendeva a riconoscere l'esistenza di tale obbligo facendo leva sul dovere di vigilare sul generale andamento della gestione previsto nella vecchia formulazione d'articolo 2392 c.c., nonché sull'obbligo riconosciuto agli amministratori di conservare l'integrità del capitale sociale nell'interesse dei creditori, sancito nell'art. 2394 c.c.. Tuttavia, né l'una né l'altra previsione sono integralmente "sopravvissute" alla riforma del diritto societario;

¹²⁶ GUERRERA, (nota 114).

¹²⁷ GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in studi in onore del professor Belviso, vol I, Bari, 2011, pag. 1246.

in particolare, il primo non è stato riprodotto nel nuovo art. 2392 c.c., il secondo non è stato ripreso nella disciplina della nuova società a responsabilità limitata¹²⁸. Unico riferimento resta oggi l'art. 217 n.4 l.fall. che sanziona penalmente, con il reato di bancarotta semplice, il comportamento dell'imprenditore che abbia aggravato il proprio dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione di fallimento in proprio con colpa grave. È vero che questa norma fa espresso riferimento all'imprenditore individuale, ma per effetto del rinvio operato dall'art. 224 l.fall. si applica anche agli amministratori nel l'ipotesi in cui l'impresa è organizzata in forma societaria.

Ponendo lo sguardo sul quadro normativo attuale, viene alla luce in maniera chiara una profonda modifica della legge fallimentare rispetto a quanto previsto nel 1942; in particolare, si pensi all'introduzione dell'art. 160 l.fall. e con esso del concetto di "stato di crisi". Quest'ultimo può essere inteso nella maniera più ampia possibile finanche a ricomprendere lo stato di insolvenza¹²⁹, in presenza del quale però l'ordinamento non impone un'univoca e obbligatoria soluzione agli amministratori anzi, all'opposto viene offerta loro un'ampia discrezionalità nell'individuazione degli strumenti con cui provare a gestire la situazione di dissesto, siano essi giudiziali, stragiudiziali¹³⁰ o "ibridi",¹³¹ cercando altresì di gestire i rapporti con i creditori sociali prima di approdare alla soluzione del fallimento.

Per di più il legislatore, come già illustrato, guarda con favore queste soluzioni "alternative" meglio in grado, almeno nelle intenzioni di salvaguardare il complesso aziendale e il suo valore, riconoscendo addirittura l'esonero per i soci di provvedere alla ricapitalizzazione e la possibilità per la società, subordinata all'autorizzazione del tribunale e all'attestazione di un esperto, di contrarre ulteriore indebitamento¹³².

¹³⁰ Es. piani attestati.

¹³¹ Es. accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.

¹³² RORDORF, (*nota* 8), pag. 674.

Tali circostanze potrebbero legittimamente suscitare un dubbio sull'interpretazione dell'art. 217 l.fall., dal momento che ricondurre ad esso un obbligo di comportamento per gli amministratori creerebbe dei significativi problemi sistemici. Apparare, infatti, “contraddittorio che l'ordinamento civile consenta anzi addirittura incentivi, con esenzioni da revocatoria ed altri meccanismi, l'utilizzo di strumenti che invece risultino pienamente facoltizzati dall'ordinamento penale”.¹³³

Parlare oggi di obbligo per gli amministratori di richiedere il fallimento sarebbe dunque contraddittorio con la discrezionalità accordata loro dal sistema ma, soprattutto produrrebbe un grave disincentivo all'accesso degli strumenti “alternativi” dal momento che il loro eventuale insuccesso, che tra l'altro può essere dovuto a circostanze del tutto estranee al controllo degli amministratori, li metterebbe dinanzi alla responsabilità per aver ritardato il ricorso alla procedura di fallimento.

Ecco allora che sembra farsi strada una diversa e più coerente interpretazione dell'art. 217 l.fall. intesa come norma che punisce comportamenti commissivi degli amministratori che abbiano causalmente provocato l'aggravamento del dissesto di conseguenza, quindi, ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, l'essersi astenuto dalla richiesta di fallimento va a rappresentare un singolo elemento da valutare, in un insieme costituito da ogni altra circostanza concreta e tipica del caso.

Il mancato deposito dell'istanza di fallimento in proprio deve necessariamente andare a sommarsi con altri elementi al fine di valutare il grado di diligenza degli amministratori nello svolgimento del proprio incarico, con particolare riguardo all'obbligo di proteggere l'interesse dei creditori.

Seguendo tale linea interpretativa, una responsabilità in capo agli amministratori è facilmente addebitabile nell'ipotesi in cui questi si sono astenuti dal richiedere l'apertura del fallimento, quanto dal ricorrere ad istituti alternativi, cioè quando non manifestano alcuna reazione ad una situazione di dissesto.

¹³³ GALLETTI, (nota 7), pag. 18.

Nell'ipotesi in cui, invece, gli amministratori si sono serviti dell'ampia discrezionalità loro concessa, scegliendo uno degli strumenti concepiti come alternativi al fallimento, la possibilità di chiamarli a rispondere tanto in sede civile quanto in sede penale è maggiormente complessa venendo in considerazione la fondamentale regola della *business judgment rule*.

Laddove l'apertura del fallimento è il risultato del cattivo esito dello strumento alternativo adottato dagli amministratori, bisogna analizzare il comportamento degli amministratori, alla luce delle informazioni di cui disponevano nell'esatto momento in cui hanno compiuto tale scelta.

Quindi, se il ricorso agli strumenti alternativi è stato compiuto quando il fallimento rappresentava già un esito ragionevolmente prevedibile da parte degli amministratori, nulla impedisce di configurare la responsabilità degli amministratori per il ritardo nella dichiarazione di fallimento¹³⁴.

Alla stessa conclusione si potrebbe giungere in conseguenza di tentativi infruttuosi di dar vita a soluzioni alternative di ricostruzione della crisi, quando ne difettavano manifestamente i presupposti e tali tentativi abbiano peggiorato le condizioni patrimoniali della società.

Nella giurisprudenza italiana, la decisione non è unanime in ogni caso, le pronunce che hanno riconosciuto l'esistenza di tale dovere sono limitate; in dottrina, tuttavia, è presente una crescente opinione interpretativa in tal senso, che fa leva principalmente sull'art. 217 l.fall; ma potrebbe altresì trovare fondamento alternativamente nel dovere di diligenza ex art. 2392 c.c. e nel dovere di valutare la prevedibile evoluzione della gestione sancito all'art. 2428 comma 3, n.6 c.c.

L'accoglimento di questa linea interpretativa permetterebbe “la distinzione di casi peculiari di responsabilità degli amministratori: il caso della società non in perdite ma insolvente, rispetto alla quale potrebbe apparire “razionale” l'apertura della procedura; e il caso della società in perdita e insolvente, per la quale non sussisterebbe solamente l'obbligo per gli amministratori di agire per conservare

¹³⁴ GUIZZI, (nota 127), pag. 1247-1249.

l'integrità e il valore del patrimonio, ma anche di portare a breve i libri in tribunale".¹³⁵

¹³⁵ VICARI, (*nota 1*), pag. 135.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società fallita*, Rivista di Diritto dell'impresa, 2008, p. 371 ss.

BOGGIO, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 852 ss.

BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d'insolvenza tutela dei creditori*, Rivista di Diritto Commerciale, 2008,I, p. 1035 ss., consultabile sul database Ius Explorer

BRIZZI:, *La mala gestio degli amministratori in prossimità stato d'insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, Giustizia civile, 2009, p. 2441 ss., consultabile sul database: *Ius Explorer*

BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, Società, banche e crisi d'impresa, diretto da Campobasso, Cariello, Di Cataldo, Guerrera, Sciaronne, UTET GIURIDICA, 2014, p. 3593 ss.

BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, Giurisprudenza commerciale 2006, I, p. 5 ss.

BUTA, *Tutela dei creditori e responsabilità gestoria*, Società, banche e crisi d'impresa, diretto da Campobasso, Cariello, Di Cataldo, Guerrera, Sciaronne, UTET GIURIDICA, 2014, p.2541 ss.

CASSOTTANA, *Responsabilità degli amministratori nella crisi d'impresa*, Fallimento 2004, p.298.

CINCOTTI-NIEDDU –ARRICA, *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, , paper presentato nel corso del IV Convegno Commerciale “*impresa e mercato tra liberalizzazioni e regole*”, 22-23 febbraio 2013, consultabile all'indirizzo internet www.orizzonti-deldirittocommerciale.it.

DE NICOLA, *Articolo 2392: Responsabilità verso la società*, Amministratori a cura di F. Ghezzi, commentario alla riforma delle società, 2005, pag. 545ss.

GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario, Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, 2012, www.ilfallimentarista.it

GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, Riv. Soc, 2013, fascicolo 6, p. 1114ss., consultabile sul database *Ius Explorer*.

MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 852ss.

MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, Studi in onore del professor Belviso, vol I, Bari 2011, p. 609ss.

PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, Rivista delle Società, 6, 2012, p.1167 ss.

RONDINONE, *La responsabilità per l'incauta gestione dell'impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario*, Fallimento e altre procedure concorsuali, 2005, I, p.50.

RORDORF: *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, Società, 6, 2013, 669 ss.

ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di Ambrosini, Giuffrè Editore, 2007, p. 3 ss.

ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, paper presentato al V convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "orizzonti del diritto commerciale", Roma 21-22 Febbraio 2014, www.orizzontideldirittocommerciale.it

SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, Giurisprudenza commerciale, 2014, p. 304ss.

SALLORENZO, *Profili di responsabilità degli amministratori delle società di capitali nella gestione della crisi d'impresa*, 2015, consultabile in www.ilcaso.it

SANDULLI, *La riforma delle società, Aggiornamento commentato*, 2007.

STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007.

STANGHELLINI *Caso Alitalia e procedure concorsuali*, Analisi giuridica dell'economia, vol. 17, il Mulino, 2010, p. 383 ss.

STRAMPELLI: *Capitale sociale e struttura finanziaria nelle società in crisi*, Rivista delle società, 4, 2012, p. 605ss.

TRONCI, *Perdita della continuità aziendale e strategia di risanamento*, Giurisprudenza commerciale, 2013, p. 1269ss.

VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, Giurisprudenza commerciale, I, 2013, p. 128 ss.

KUTAFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 707ss.